

Außenwerbung als Straßennutzung

Friedrich Schuwerack

1963

I. Einleitung	1	1
II. Begriff des Verkehrs	2	2
III. Begriff des Verkehrs	3	3
IV. Begriff des Verkehrs	4	4
V. Begriff des Verkehrs	5	5
VI. Begriff des Verkehrs	6	6
VII. Begriff des Verkehrs	7	7
VIII. Begriff des Verkehrs	8	8
IX. Begriff des Verkehrs	9	9
X. Begriff des Verkehrs	10	10
XI. Begriff des Verkehrs	11	11
XII. Begriff des Verkehrs	12	12
XIII. Begriff des Verkehrs	13	13
XIV. Begriff des Verkehrs	14	14
XV. Begriff des Verkehrs	15	15
XVI. Begriff des Verkehrs	16	16
XVII. Begriff des Verkehrs	17	17
XVIII. Begriff des Verkehrs	18	18
XIX. Begriff des Verkehrs	19	19
XX. Begriff des Verkehrs	20	20
XXI. Begriff des Verkehrs	21	21
XXII. Begriff des Verkehrs	22	22
XXIII. Begriff des Verkehrs	23	23
XXIV. Begriff des Verkehrs	24	24
XXV. Begriff des Verkehrs	25	25
XXVI. Begriff des Verkehrs	26	26
XXVII. Begriff des Verkehrs	27	27
XXVIII. Begriff des Verkehrs	28	28
XXIX. Begriff des Verkehrs	29	29
XXX. Begriff des Verkehrs	30	30
XXXI. Begriff des Verkehrs	31	31
XXXII. Begriff des Verkehrs	32	32
XXXIII. Begriff des Verkehrs	33	33
XXXIV. Begriff des Verkehrs	34	34
XXXV. Begriff des Verkehrs	35	35
XXXVI. Begriff des Verkehrs	36	36
XXXVII. Begriff des Verkehrs	37	37
XXXVIII. Begriff des Verkehrs	38	38
XXXIX. Begriff des Verkehrs	39	39
XL. Begriff des Verkehrs	40	40
XLI. Begriff des Verkehrs	41	41
XLII. Begriff des Verkehrs	42	42
XLIII. Begriff des Verkehrs	43	43
XLIV. Begriff des Verkehrs	44	44
XLV. Begriff des Verkehrs	45	45
XLVI. Begriff des Verkehrs	46	46
XLVII. Begriff des Verkehrs	47	47
XLVIII. Begriff des Verkehrs	48	48
XLIX. Begriff des Verkehrs	49	49
L. Begriff des Verkehrs	50	50
LI. Begriff des Verkehrs	51	51
LII. Begriff des Verkehrs	52	52
LIII. Begriff des Verkehrs	53	53
LIV. Begriff des Verkehrs	54	54
LIV. Kritik an der gesetzlichen Regelung des Verkehrs	55	55

AUSSENWERBUNG ALS STRASSENUTZUNG

Dissertation

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

Friedrich Schuerack



Hauptberichterstatter: Prof. Dr. Armbruster

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Schneider

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Februar 1963



I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Abkürzungs- u. Literaturverzeichnis	3	-	28
A. Begriffliche Grundlagen	29	-	34
B. Rechtsquellen	34	-	41
C. Begriff der Werbung	41	-	52
I. Bisherige Ergebnisse in Rechtsprechung und Schrifttum	41	-	48
II. Analyse der Ergebnisse	48	-	52
D. Begriff der Außenwerbung	52	-	65
I. Besonderheiten der Außenwerbung	52	-	64
II. Begriffsbestimmung der Außenwerbung	64	-	65
E. Rechtliche Einordnung der Außenwerbung	65	-	73
I. Einige rechtliche Gesichtspunkte der Außenwerbung	65	-	71
II. Außenwerbung als Inanspruchnahme der Straße	71	-	73
F. Die öffentliche Zweckbestimmung der Straße und die dazu gehörenden Nutzungen	73	-	147
I. Der Gemeingebrauch	73	-	94
II. Der Rechtszustand vor Erlaß des Bundesfernstraßengesetzes und der neuen Straßen- u. Wegegesetze der Länder	94	-	130
1) Der erweiterte Verkehrsbegriff	96	-	104
2) Die Rückführung auf den Verkehrsbegriff im engeren Sinne	104	-	105
3) Die Fortgeltung des bisherigen Rechtszustandes	105	-	106
4) Die Merkmale des Gemeingebrauchs im Spiegel von Rechtsprechung und Schrifttum	106	-	113
5) Zur Rechtsnatur des Gemeingebrauchs	113	-	123
6) Unentgeltlichkeit des Gemeingebrauchs	123	-	129
7) Ergebnis zu I. und II.	129	-	130
III. Kritik an der gesetzlichen Neuregelung des Gemeingebrauchs in Bund u. Ländern	131	-	147

G.	Andere Straßennutzungen außerhalb des Gemeingebrauchs	148	-	176
I.	Der Begriff der Sondernutzung	148	-	152
II.	Rechtliche Bewertung der Sondernutzung	152	-	160
III.	Die Rechtslage aufgrund der gesetzlichen Neuregelung	161	-	163
IV.	Gebührenerhebung für Sondernutzungen	168	-	171
V.	Fortfall der Institution der "Nutzungsverleihung"	171	-	173
H.	Ergebnis der Arbeit	173	-	176

Literatur- und Abkürzungsverzeichnis

- van Almsick Wilhelm Helmut van Almsick, Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen im Gemeingebrauch, Diss. jur. Münster 1928,
- Bachof DRZ Otto Bachof, Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes, in: Deutsche Rechtszeitschrift 1950, Seite 341 ff.,
- Bachof Vornahme ders., Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951,
- Bachof Gedächtnisschrift, ders., Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, herausgegeben von Otto Bachof und Martin Drath, 1955, Seite 287 ff.,
- Bad Württ VGH VerwRspr. Entscheidungen des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs, in: Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Band 13, Seite 104 ff., u. Band 14, Seite 723 ff.,
- Baumbach-Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Warenzeichengesetz, Zugabeverordnung, Rabattgesetz, Preisrecht, begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Wolfgang Hefermehl, 8., völlig neu bearbeitete Auflage 1960,
- BayObLG Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, in: Regers Sammlung, 6. Ergänzungsband, Seite 226 ff.,
- BayVerfGH GVBl. Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, in: Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt, Jahrgang 1953, Seite 17 ff.,
- BayVerfGH DöV ders., in: Die öffentliche Verwaltung, 1958, Seite 822,

- BayVerfGH VerwRspr. ders., in: Verwaltungsrechtsprechung
in Deutschland, Band 1, Seite 1 ff.,
- BayVGH Bay BH Entscheidung des Bayerischen Verwal-
tungsgerichtshofs, in: Der bayeri-
sche Bürgermeister 1953, Seite 164 ff.,
- BayVGH nF ders., in: Amtliche Entscheidungs-
sammlung, neue Folge, Band II,
S. 47 ff.,
- BayVGH JW ders., in: Juristische Wochenschrift
1930, Seite 2004 ff.,
- Bettermann - Nipperdey - Scheuner,
(Menger) Christian-Friedrich Menger, Der
Schutz der Grundrechte in der Verwal-
tungsgerichtsbarkeit, in: Die Grund-
rechte, Handbuch der Theorie und Pra-
xis, in Verbindung mit Otto Bachof,
Kurt Ballerstedt, herausgegeben von
August Bettermann, Carl-Hans Nipper-
dey und Ulrich Scheuner, Band III,
2. Halbband, 1960, Seite 717 ff.,
- Bettermann MDR 57, 151 ders., Anmerkung zur Entscheidung des
Bundesgerichtshofs vom 14. 7. 1956
(= BGHZ 19, Seite 319 ff.), in: Mo-
natsschrift für Deutsches Recht 1957,
Seite 151 ff.,
- Bettermann MDR 57, 353 ders., Anmerkung zur Entscheidung des
Bundesgerichtshofs vom 19. 12. 1956
(= BGHZ 22, 395 ff.), in: Monats-
schrift für Deutsches Recht 1957,
Seite 353 ff.,
- BGH DVBL. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs
in: Deutsches Verwaltungsblatt 1961,
Seite 46 f. und Seite 249 ff.,
- BGH MDR desgl., in: Monatsschrift für Deut-
sches Recht 1957, Seite 918 ff.,
- BGH NJW desgl., in: Neue Juristische Wochen-
schrift 1952, Seite 466 ff., 1953,
Seite 1705 ff., 1961, Seite 308 ff.,
1962, Seite 1068 ff.,
- BGH VerwRspr. desgl., in: Verwaltungsrechtsprechung

in Deutschland Band 6, Seite 762 ff.,
Band 9, Seite 667 ff., Band 10 Seite
198 ff., Seite 836 ff.,

BGH VRS

desgl., in: Verkehrsrechtssammlung,
Entscheidungen aus allen Gebieten des
Verkehrsrechts, herausgegeben von
Werner Weigelt, Band 14, Seite 3 ff.,

BGHZ

Amtliche Sammlung der Entscheidungen
des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,
Band 3, Seite 270 ff., Band 6, Seite
270 ff., Band 8, Seite 273 ff., Band 9,
Seite 373 ff., Band 11, Anhang Seite
1 ff. und Seite 34 ff., Band 15, Seite,
113 ff., Band 19, Seite 85 ff.,
Band 20, Seite 275 ff., Band 21, Seite
319 ff., Band 22, Seite 395 ff., Band
23, Seite 157 ff., Band 25, Seite
266 ff.,

Bochalli DVBl. 56

Alfred Bochalli, Die Fortbildung des
Wegerechts durch die neuere Gesetzge-
bung und Rechtsprechung in : Deutsches
Verwaltungsblatt 1956, Seite 181 ff.,

Bochalli DVBl. 59

ders., Die Fortbildung des Wegerechts
durch die neuere Gesetzgebung und
Rechtsprechung, in: Deutsches Verwal-
tungsblatt 1959, Seite 612 ff.,

Bochalli Verwaltungsrecht I

ders., Besonderes Verwaltungsrecht,
Teil I, Band 1, 1959,

Bohlen

Bohlen, -, Anmerkung zur Entscheidung
des Reichsgerichts vom 7. 2. 1936
(= RGZ 150, 216) in: Juristische Wo-
chenschrift 1936, Seite 1601 ff.,

Böhm

Anton Böhm, Die Kostenlast bei Halte-
stellenbuchten an öffentlichen Stras-
sen, in: Deutsches Verwaltungsblatt
1959, Seite 615 ff.,

Brabant

Richard Brabant, Der Gemeingebrauch
an städtischen Straßen, in: Juristi-
sche Wochenschrift 1938, Seite 3201 ff.,

v. Braunmühl - Zweck

C. von Braunmühl - Klaus Zweck, Wirtschaftswerbung, Kommentar zum Gesetz vom 12. 9. 1933 nebst Durchführungsverordnungen und den Bekanntmachungen des werberats der Deutschen Wirtschaft, 1934,

BSG NJW

Entscheidung des Bundessozialgerichts, in: Neue Juristische Wochenschrift 1957, Seite 1691 ff.,

BSG VerwA

desgl., in: Verwaltungsarchiv, vierteljährliche Beilage zum Deutschen Verwaltungsblatt, Band 50, S. 89 ff. (nur Zitat und Besprechung),

Büge - Zinkahn

Büge, - und Willy Zinkahn, Der Rechtsschutz gegen Verunstaltung, ein Wegweiser durch das Recht der Baugestaltung und Außenwerbung, 1952,

Bühler

Ottmar Bühler, Altes und Neues über den Begriff und die Bedeutung des subjektiv-öffentlichen Rechts, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, herausgegeben von Otto Bachof und Martin Drath, 1955, Seite 269 ff.,

Bull MA

Hans-Joachim Bull, Privatrechtliche Streitfragen der Außenwerbung, in: Der Markenartikel, Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware, 1956, Seite 29 ff.,

Burmann

H. Burmann, Werberecht der Wirtschaft, Handbuch für die Praxis (Loseblattausgabe), Band 2, 1956,

Bußmann - Droste

Kurt Bußmann und Helmut Droste, Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, Band 1 der Schriftenreihe Grundriß der Werbung, herausgegeben von Carl Hundhausen im Auftrag des wissenschaftlichen Beirats des Zentralausschusses der werbewirtschaft (ZAW), 1951,

- BVerfG DVB1.** Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1961, Seite 240 ff.,
- BVerfGE** Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts, Band 1, Seite 264 ff., Band 2, Seite 380 ff., Band 3, Seite 407 ff., Band 4, Seite 7 ff. und Seite 219 ff., Band 6, Seite 32 ff., Band 7, Seite 377 ff., Band 8, Seite 195 ff. und Seite 276 ff., Band 9, Seite 137 ff. und Seite 338 ff., Band 11, Seite 6 ff. und Seite 30 ff. sowie Seite 89 ff.,
- BVerwG DVB1.** Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1954, Seite 362 ff., 1961, Seite 125 und Seite 207 ff. sowie Seite 247 ff., 1962, Seite 754 ff.,
- BVerwG DWW** desgl., in: Deutsche Wohnungswirtschaft, Organ des Zentralverbandes der Haus- und Grundbesitzer e.V., 1954, Seite 304 ff.,
- BVerwGE** Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts, Band 1, Seite 48 ff. und Seite 269 ff., Band 2, Seite 172 ff., Band 3, Seite 28 ff., Band 4, Seite 342 ff., Band 5, Seite 143 ff., Band 8, Seite 261 ff.,
- BVerwG Münzautomat** ders., in: Der Münzautomat, Fachzeitschrift für das gesamte Münzautomatenwesen, 1960, Seite 23 ff.,
- BVerwG NJW** desgl., in: Neue Juristische Wochenschrift 1955, Seite 195 ff., 1962, Seite 552,
- BVerwG VerwRspr.** desgl., in: Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Band 12, Seite 309 ff.,
- v. Caemmerer** Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabel, Band 1, herausgegeben von Hans Döle, Max Rheinstein, Konrad Zweigert, 1954, Seite 333 ff.,

- Callsen** Kuno Callsen, Die Regelung des Gemeingebrauchs im Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, in: Der Münzautomat, Fachzeitschrift für das gesamte Münzautomatenwesen, 1959 S. 77 ff.,
- Charitius** Charitius,-, Die Überspannung öffentlicher Straßen mit privaten Antennen, in: Juristische Wochenschrift 1932, Seite 1810 l.H.,
- v. Dassel FiZ** Ulrich von Dassel, Das wegegelände und sein Recht, in: Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Jahrgang 76, Seite 1ff.,
- Dieffenbach** Lorenz Dieffenbach, Glossarium Latino-Germanicum mediae et infimae aetatis, Suppl. Dom. du Cange, 1857,
- Diller JR 61** Diller,- , Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Fernsehstreit, in: Juristische Rundschau 1961, Seite 130 ff.,
- Droste MA 59** Helmut Droste, Wahrheit und Klarheit in der Werbung, in: Der Markenartikel, Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware, 1959, Seite 643 ff.,
- Dürig** Günter Dürig, Anmerkung zur Entscheidung des Bundessozialgerichts v. 19. 3. 1957 - 6 RKa 5/55 - (JZ 58,20), in: Juristenzeitung 1958, S. 22 ff.,
- Ebel MA 50** Richard Ebel, Zur Problematik der Dauerwerbung, eine Stellungnahme zur Denkschrift des Zentralverbandes der Werbewirtschaft (ZAW), in: Der Markenartikel, Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware, 1950, Seite 275 ff.,
- Eiser-Riederer** Ernst Eiser und Johann Riederer, Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, 2. Auflage, fortgeführt von Frank Sieder, 1958 (Loseblattsammlung),

- v. Eisenhart/Rothe Sigismund von Eisenhart/Rothe, Der Gemeingebrauch in der Neuordnung des Straßen- und Wegerechts, in: Der Münzautomat, Fachzeitschrift für das gesamte Münzautomatenwesen, 1960, Seite 1 ff. (= Der Betriebsberater 1959, Seite 1192 ff.),
- Elster 1929 Alexander Elster, Das Recht der Reklame ("Werberecht"), in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz Stier/Somló und Alexander Elster, 6. Band, 1929, Seite 892 ff., III.,
- Elster 1936 ders., in: Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 - 1936, zugleich Band 8 des Handwörterbuchs der Rechtswissenschaft: Der Umbruch 1933/36, herausgegeben von Erich Volkmar, Alexander Elster und Günter Küchenhoff, lauterer und unlauterer Wettbewerb, Seite 419, IV. Werberecht,
- Erdsiek DJZ Erdsiek, -, Der Straßenhandel und Gemeingebrauch, in: Deutsche Juristenzeitung 1935, Spalte 147 ff.,
- Evers NJW 62 Hans-Ullrich Evers, Wegerecht contra Verkehrsrecht ?, in: Neue juristische Wochenschrift 1962, Seite 1033 ff.,
- Fleiner Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage 1928,
- Floegel-Hartung Straßenverkehrsrecht, Straßenverkehrsordnung, Straßenverkehrszulassungsordnung, Straßenverkehrsgesetz, Bestimmungen des Strafgesetzbuches und der Strafprozeßordnung zum Schutze des Straßenverkehrs, mit einem Anhang ergänzender Vorschriften, begründet von Johannes Floegel, fortgeführt ab 8. Auflage von Fritz Hartung, 13., neubearbeitete Auflage 1961 (Band 5 der Beck'schen Kurzkommentare),
- Fonk Hans-Joachim Fonk, Anmerkung zur Entscheidung des Landgerichts in Heilbronn v. 18. 10. 1956, in: Die öffentliche Verwaltung 1958, S. 230 ff.,

- Förg** Franz Förg, Aufstellung von Warenautomaten nach dem bayerischen Straßen- und Wegegesetz, in: Der Münzautomat 1959, Seite 154 ff und Seite 172 ff.,
- Forcellini** Totius latinitatis lexicon opera et studio Aegidii Forcellini, Josepho Furlanetto et Vincentis de Vit, 1871, Band V,
- Forsthoff** Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, allgemeiner Teil, Band 1, 8. neu bearbeitete Auflage 1961,
- Frank** Deutsches Verwaltungsrecht, herausgegeben von Hans Frank, 1937,
- Friedrichs** Karl Friedrichs, in: Stier/Somló, Handbuch der Rechtswissenschaft, Band 6, 1929, Artikel "Wegerecht" S. 827 ff.,
- Fuchss** R. Fuchss, Die Außenwerbung an Bundesstraßen nach dem Bundesfernstraßengesetz, in: Der Betrieb 1960, Seite 140 ff.,
- Ganschezian - Fink** Gurgin Ganschezian-Fink, Straßeneigentum und Gemeingebrauch, in: Neue Juristische Wochenschrift 1957, Seite 285 ff.,
- Germershausen - Seydel** Albrecht Germershausen und Gustav Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 4. Auflage, Band 1, 1932,
- Germershausen - Seydel - Marschall** dieselben, Wegerecht und Wegeverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland und deren Ländern, 5. vollständig neu bearbeitete Auflage von Ernst Anton Marschall, Band 2, 1961,
- Georges** Karl Ernst Georges, Ausführliches lateinisch-deutsches Wörterbuch, aus den Quellen zusammengetragen und mit besonderer Bezugnahme auf Synonymik und Antiquitäten unter Berücksichtigung der besten Hilfsmittel ausgearbeitet von ..., 9. Auflage 1952, Nachdruck der 8. verbesserten und vermehrten Auflage von Heinrich Georges, Band 2,

Giese-Neuwiem-Cahn Friedrich Giese, Erhard Neuwiem,
Ernst Cahn, Deutsches Verwaltungs-
recht 1930,

Giese Verwaltungsrecht

Friedrich Giese, allgemeines Verwal-
tungsrecht, Vorlesungsgrundriß, 1948,

Giese AÖR

ders.. Die Bundeskompetenz zur Regelung des
Bauwesens, kritische Bemerkungen zum
Rechtsgutachten des Bundesverfassungs-
gerichts über die Zuständigkeit des
Bundes zum Erlaß eines Baugesetzes
vom 16. 6. 1954, in: Archiv für öffent-
liches Recht, Band 80, Seite 212 ff.,

Gordan PrVB1.

Kurt Gordan, Straßeneigentum und mo-
derne Reklame im Luftraum, in: Preußi-
sches Verwaltungsblatt, Jahrgang 46
(1926), Seite 61 ff.,

Grewe MA

Wilhelm Grewe, Schutz und Grenzen der
Außenwerbung nach dem Grundgesetz, in:
Der Markenartikel, Zeitschrift zur
Förderung der Qualitätsware, 1951,
Seite 243 ff (= Sonderdruck Seite 19 ff.),

Groebe BayVB1. 56

Klaus Groebe, Zweifelsfragen zum baye-
rischen Gesetz über Außenwerbung (AWG),
in: Bayerisches Verwaltungsblatt 1956,
Seite 261 ff.,

Groebe DöV 58

ders., Bayern kodifiziert sein Wege-
recht, in: Die öffentliche Verwaltung,
1958, Seite 833 ff.,

Groebe DVBl. 59

ders., Das erste Landesstraßengesetz.
Bayern paßt sein Wegerecht dem FStrG
an, in: Deutsches Verwaltungsblatt
1959, S. 48 ff.,

Groebe Bay VB1. 59

ders., Sachenrecht im Bayerischen Stras-
sen- und Wegegesetz, in: Bayerisches
Verwaltungsblatt 1959, Seite 181 ff.,

Grote JW 29

Waldemar Grote, Anmerkung zur Ent-
scheidung des Reichsgerichts vom
10. 6. 1929 (= RGZ 125,108), in:
Juristische Wochenschrift 1929, Seite
3383 f.,

- Haas DVBl. 62 Diether Haas, Die öffentlichen Sachen, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1962, Seite 653 ff.,
- Hamburger Werbefachverband Werbung oder "Reklame"?, in: Der Markenartikel, Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware, 1952, Seite 92 ff.,
- Hammes DV 50 Klaus Hammes, Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen, in: Deutsche Verwaltung 1950, Seite 71 ff und Seite 101 ff.,
- Hans OLG MDR 57 Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts, in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1957, Seite 37 ff.,
- Haselau Kurt Haselau, Die Freiheit der Straße als Rechtsproblem, 1960,
- Hatschek Julius Hatschek, Deutsches und Preussisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1922,
- Haueisen NJW 55 Fritz Haueisen, Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte, in: Neue juristische Wochenschrift 1955, Seite 1457 ff.,
- Haueisen DVBl. 59 ders., Betrachtung über die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1959, Seite 228 ff.,
- Haueisen DVBl. 60 ders., Der Wandel in der Beurteilung fehlerhafter Verwaltungsakte, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1960, Seite 913 ff.,
- Hess VGH BBauBl. Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, in: Bundesbaublatt, Organ des Bundesministers für Wohnungsbau, 1953, Seite 103 ff.,
- Hess VGH ESVGH ders., in: Sammlung der Entscheidungen des Baden-Württembergischen und des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, Band 1, Seite 101 ff., Band 5, Seite 66 ff., Band 6, Seite 146 ff.,

- Hess VGH VerwRspr. ders., in: Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Band 15, S. 989 ff.,
- Heumann-Seckel Hermann Gottlieb Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, in 9. Auflage, herausgegeben von Emil Seckel, 1907,
- Huber DöV 55 Ernst Rudolf Huber, Zur Problematik des Gemeingebruchs an öffentlichen Straßen, in: Die öffentliche Verwaltung 1955, Seite 129 ff.,
- Hundhausen
Wesen Carl Hundhausen, Wesen und Formen der Werbung, Band 3 aus der Reihe Grundriß der Werbung, herausgegeben vom Verfasser im Auftrag des wissenschaftlichen Beirats des Zentrallausschusses der Werbewirtschaft (ZAW), 1951,
- Hundhausen
Rede ders., Über das Wesen der Werbung, Vortrag, gehalten am 24. 2. 1960 zur Eröffnung des Instituts für wissenschaftliche Werbelehre der Folkwangschule für Gestaltung in Essen, herausgegeben im Frühjahr 1960 als Schrift 11 der Folkwangschule in Essen,
- Jellinek
Verwaltungsrecht Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, unveränderter Abdruck 1948,
- Jellinek
Nachtrag ders., Nachtrag 1950,
- Jung DVBl. 61 Hans Jung, Das Recht der Außenwerbung, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1961, Seite 265 ff.,
- KGJ Jahrbuch der Entscheidungen des preussischen Kammergerichts, Band 38, Seite C 34 ff., Band 53, Seite A 171 ff.,
- Kluge Friedrich Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, in 17. Auflage herausgegeben von Alfred Schirner und Walther Mitzka, 1957,
- Knorr Gerhard Knorr, Zum Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, in: Bayerisches Verwaltungsblatt 1958, Seite 257 ff und Seite 300 ff.,

- v. Köhler I
Verwa Karl-Heinz von Köhler, Die Zeit als Faktor im Verwaltungsrecht, in: Verwaltungsarchiv, vierteljährliche Beilage zum Deutschen Verwaltungsblatt, Band 50, Seite 213 ff.,
- v. Köhler II Ludwig von Köhler, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, 1935,
- Körner Gerhard Körner, Der Rechtsschutz des Unternehmens nach § 823 Absatz 1 BGB, Diss. jur. Frankfurt (Main) 1959,
- Köttgen Arnold Köttgen, Deutsche Verwaltung, 3. Auflage 1944,
- Kodal NJW 62 Kurt Kodal, Die Parkuhr und die Parkgebühr, in: Neue juristische Wochenschrift 1962, Seite 480 ff.,
- Kretzschmar Alfons Kretzschmar, Rechtsfragen zur Aufstellung von Warenautomaten, in: Der Betriebsberater 1950, Seite 665 ff.,
- Kretzschmar-v. Eisenhart/Rothe ders. und Sigismund von Eisenhart/ Rothe, Außenwerbung und Warenautomaten im geltenden Recht, Schriften des Betriebsberaters, Heft 11, ohne Jahresangabe (1956?),
- Külz Helmut R. Külz, Doch ein Gesetz! Zur gesetzlichen Regelung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Die öffentliche Verwaltung 1961, Seite 103 ff.,
- Landmann-Rohmer Robert von Landmann und Gustav Rohmer, Gewerbeordnung, Kommentar, neu bearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, 11. Auflage 1956, Band 1,
- Laue Verwa Laue, - , der Rechtscharakter des Gemeingebrauchs am Meeresstrand, in: Verwaltungsarchiv Band 34, Seite 297 ff. und Seite 417.,
- Lexner Matthias Lexner, Mittelhochdeutsches Handwörterbuch, 29. Auflage 1959,

- LG Altona Entscheidung des Landgerichts in Altona, in: Juristische Wochenschrift 1932, Seite 3491 ff.,
- LG Berlin Entscheidung des Landgerichts in Berlin, in: Neue juristische Wochenschrift 1954, Seite 437 ff.,
- LG Dessau Entscheidung des Landgerichts in Dessau, in: Neue juristische Wochenschrift 1932, Seite 3020 ff.,
- LG Detmold Entscheidung des Landgerichts in Detmold, in: Neue juristische Wochenschrift 1952, Seite 1057 ff.,
- LG Hannover
BB 53 Entscheidung des Landgerichts in Hannover, in: Der Betriebsberater 1953, Seite 548 ff.,
- LG Hannover
NJW 61 dass., Entscheidung in: Neue Juristische Wochenschrift 1961, Seite 1070 ff.,
- LG Heilbronn Entscheidung des Landgerichts in Heilbronn, in: Die öffentliche Verwaltung 1958, Seite 230 ff.,
- LG Koblenz Entscheidung des Landgerichts in Koblenz, in: Neue Juristische Wochenschrift 1961, Seite 1071 (nur Leitsatz),
- LG Passau Entscheidung des Landgerichts in Passau, in: Neue Juristische Wochenschrift 1952, Seite 470 ff.,
- List Verwaltungsrecht Friedrich List, Verwaltungsrecht technischer Betriebe, 1937,
- List Straße ders., Die Straße im Verwaltungsrecht, in: Juristische Wochenschrift 1938, Seite 555 ff.,
- List Energierecht ders., Energierecht, ein Grundriß, 2. Auflage 1952,

- List Festschrift ders.. Über den Begriff und das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit, in: Festschrift für Friedrich Giese zum 70. Geburtstag, dargebracht von Freunden, Schülern und Fachkollegen, herausgegeben von Erich Becker u.a., 1953, S. 135 ff.,
- LK I, LK II Strafbgesetzbuch (Leipziger Kommentar), begründet von Ludwig Ebermayer, Adolf Lobe und Werner Rosenberg, fortgeführt von Johann Nagler, 8. neubearbeitete Auflage, herausgegeben von Heinrich Jagusch, Edmund Mezger gemeinschaftlich mit August Schaefer und Wolfhart Werner, 1. Band, 1957, 2. Band, 1958,
- Loening Hellmuth Loening, Die Beseitigung der Anliegernutzung unter dem Gesichtspunkt der Enteignung, in: Der Münz-automat 1960, Seite 39 ff.,
- Lutz - Basson Hans Lutz und Claus Peter Basson, Re-Importverbot und EWG-Vertrag, in: Der Markenartikel 1961, S. 103 ff.,
- Mackensen Lutz Mackensen, Neues Deutsches Wörterbuch, Rechtschreibung, Grammatik, Stil, Worterklärung, Fremdwörterbuch, bearbeitet und herausgegeben von ..., 1952,
- Mang-Heigl Anton Mang und Ferdinand Heigl, Verwaltungswirtschaft in Bayern, Band 2, 1952,
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, erläutert von Dr. Hermann v. Mangoldt, nach dem Tode des Verfassers in 2. erweiterter Auflage neu bearbeitet von Dr. Friedrich Klein, 1955,
- Marschall
FStrG Ernst Anton Marschall, Bundesfernstraßengesetz, erläutert von .., 1954,
- Marschall
Kostentragung ders., Kostentragung für Haltestellenbuchten, in: Der Personenverkehr, Organ der Arbeitsgemeinschaft Personenverkehr für das Bundesgebiet 1960, Seite 148 ff.,

- Martin Marcel Martin, **Der Conseil d'Etat, Hüter der Demokratie**, in: Militärregierung des französischen Besatzungsgebiets in Deutschland, Generaljustizdirektion, Der Konstanzer Juristentag 2. - 5. 6. 1947, Ansprachen, Vorträge, Diskussionsreden, 1947,
- Maunz Hauptprobleme Theodor Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, eine Studie zur Methodik und Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts, 1933,
- Maunz ZAkfDR ders., **Das öffentliche Eigentum**, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1935, Seite 644 ff.,
- Maunz Verwaltung ders., Verwaltung, 1937,
- Maunz öffentl.Sachen ders., Recht der öffentlichen Sachen, in: Die Verwaltung, herausgegeben von Friedrich Giese, Band 2, Heft 22, S. 1 ff. (Loseblattsammlung),
- Maunz-Dürig ders. und Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar von .., Lieferung 1, 1958 (Loseblattsammlung),
- Mayer I, II Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, **Bd. I, II**, unveränderter Abdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage, 1961,
- Meisner JW 27 Christian Meisner, Anmerkung zur Entscheidung des Oberlandesgerichts in Hamm, in: Juristische Wochenschrift 1927, S. 2533 ff.,
- Meisner JW 28 ders., Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. 7. 1926 (JW 28, 502 Nr. 35), in: Juristische Wochenschrift 1928, Seite 502 ff.,
- Meisner-Stern-Hodes Christian Meisner und Heinrich Stern, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in Westberlin, bearbeitet von Fritz Hodes, 3. verbesserte und erweiterte Auflage, 1956,

- Menger VerwA Christian-Friedrich Menger, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: Verwaltungsarchiv, vierteljährliche Beilage zum Deutschen Verwaltungsblatt Band 49, Seite 186 ff., Band 50, Seite 89 ff., Band 51, Seite 69 ff., und Seite 373 ff., Band 52, Seite 196 ff.,
- Merkel JW 29 Merkel II, -, Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 16. 2. 1929 (= RGZ 123,181), in: Juristische Wochenschrift 1929, Seite 2342 ff.,
- Merkel JW 30 ders., Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. 6. 1929 (= RGZ 125,108), in: Juristische Wochenschrift 1930, Seite 262 ff.,
- Müller Fritz-Heinz Müller, Das Baurecht in Hessen, eine Loseblattsammlung des insgesamt in Hessen geltenden Baurechts mit Kommentar zur Hessischen Bauordnung, Band II, 1959,
- Musterbauordnung MBO Musterbauordnung für die Länder des Bundesgebiets einschl. West-Berlin, Fassung Januar 1960, aufgestellt von der Musterbauordnungskommission, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Band 16,
- Nau Philipp Nau, Der Gemeingebruch an öffentlichen Wegen, ein Beitrag zur neueren Lehre vom Gemeingebruch, Diss. jur. Mainz 1957,
- Naumann Richard Naumann, Eingriffe in die Reklamefreiheit unter Kontrolle der Verwaltungsgerichte, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1951, Seite 398 ff.,
- Nebinger Robert Nebinger, Verwaltungsrecht, allgemeiner Teil, 2. Auflage 1949,
- Nedden NJW Gerhard Nedden, Der Handel auf öffentlichen Wegen, in: Neue Juristische Wochenschrift 1956, Seite 81 ff.,

- Nedden Anm. ders., Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.11.1955 (=BGHZ 19, 85), in: Neue Juristische Wochenschrift 1956, Seite 469 f.,
- Nedden DöV 59 ders., Zur Wandlung des Begriffs der Wegepolizei, in: Die Öffentliche Verwaltung 1959, S. 844 ff.,
- Nedden DVBl. 60 ders., Der Vergütungsanspruch des StraßenbauLASTträgers bei besonderem Aufwand für die Benutzung von Straßen ?, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1960, S.832 ff.,
- Nedden DVBl. 61 ders., Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.10.1960 (= DVBl. 61, S. 46 ff.), in: Deutsches Verwaltungsblatt 1961, Seite 249 ff.,
- Nettelhorst Leopold Nettelhorst, Außenwerbung am Bau und im öffentlichen Raum, in: Handbücher zur Außenwerbung und Raumgestaltung, Band Außenwerbung, 1952,
- Neugebauer Neugebauer, -, Anmerkung zur Entscheidung des LG Altona (JW 1932, 3491), in: Juristische Wochenschrift 1932, S. 3492 ff.,
- Neukamp JW 29 Neukamp, -, Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts v. 16.2.1929 (= RGZ 123, 181), in: Juristische Wochenschrift 1929, Seite 1976 ff.,
- Neukamp JW 30 ders., Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts v. 21.12.1929 (JW 1930, 1961, Nr. 20), in: Juristische Wochenschrift 1930, S. 1961 ff.,
- Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus, 15., neu bearb. Aufl. von Hans Carl Nipperdey, 1. Halbband 1959, 2. Halbband 1960,
- OLG Bremen BB 55 Entscheidung des Oberlandesgerichts in Bremen, in: Der Betriebsberater 1955, S.548,
- OLG Breslau JW 34 Entsch. des Oberlandesgerichts in Breslau, in: Juristische Wochenschrift 1934, Seite 3008 ff.,
- OLG Celle Entsch. des Oberlandesgerichts in Celle, in: Der Münzautomat 1956, Seite 43 ff.,

- OLG Hamburg NJW Entscheidung des Oberlandesgerichts in Hamburg, in: Neue Juristische Wochenschrift 1962, Seite 1529 ff.,
- OLG Hamm Entscheidung des Oberlandesgerichts in Hamm, in: Juristische Wochenschrift 1927, Seite 2533 ff.,
- OLG Köln Entscheidung des Oberlandesgerichts in Köln, in: Juristische Wochenschrift 1930, Seite 1980 ff.,
- OVG Berlin Entscheidung des Obergerverwaltungsgerichts in Berlin, in: Neue Juristische Wochenschrift 1953, Seite 840 ff.,
- OVG Bremen Entscheidung des Obergerverwaltungsgerichts in Bremen, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1962, Seite 644 ff.,
- OVG Hamburg DöV 48 Entscheidung des Obergerverwaltungsgerichts in Hamburg, in: Die öffentliche Verwaltung 1948, Seite 69 ff.,
- OVG Hamburg DöV 55 dass., in: Die öffentliche Verwaltung 1955, Seite 151 ff.,
- OVG Hamburg DVBl. dass., in: Deutsches Verwaltungsblatt 1957, Seite 548 ff.,
- OVG Lüneburg BB Entsch. des Obergerverwaltungsgerichts in Lüneburg, in: Der Betriebsberater 1960, Seite 645 ff.,
- OVG Lüneburg DVBl. dass., in: Deutsches Verwaltungsblatt 1960, Seite 108 ff.,
- OVG Lüneburg MDR dass., in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1956, Seite 508 ff.,
- OVG Lüneburg NJW dass., in: Neue Juristische Wochenschrift 1952, Seite 480 ff.,
- OVG Lüneburg VerwRspr. dass., in: Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Band 13, S. 220 ff., Band 15, S. 983 ff.,
- OVG Münster DöV 57 Entsch. des Obergerverwaltungsgerichts in Münster, in: Die öffentliche Verwaltung 1957, Seite 152 (nur Leitsatz),
- OVG Münster DöV 58 dass., in: Die öffentliche Verwaltung 1958, Seite 824 ff.,

- OVG Münster D8V 61 dass., in: Die öffentliche Verwaltung 1961, Seite 34 ff.,
- OVG Rheinland-Pfalz Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Rheinland-Pfalz, in: Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Band 8, Seite 94 ff.,
- Peters Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949,
- Petersen Kurt Petersen, Grundprinzipien und Grenzen des Gemeingebrauchs gegenüber dem Eigentümer an öffentlichen Wegen im Rahmen der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. jur. Hamburg 1935,
- Planck Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, bisher herausgegeben von Emil Strohhal, 3. Band, 4. Auflage 1930, bearbeitet von E. Brodmann und O. Strecker,
- Potrykus Gerhard Potrykus, Zur Erläuterung des Begriffs "Feilbieten" in § 41a GewO, in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1961, Seite 366 ff.,
- PrKompKonflH Entscheidungen des Preußischen Kompetenzkonflikthofs, in: Preußisches Verwaltungsblatt, Jahrgang 19, Seite 358 ff.,
- PrOVG Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, in: Amtliche Sammlung, Band 10, Seite 192 ff. und Seite 198 ff., Band 18, Seite 415 ff., Band 28, Seite 74 ff. und Seite 197 ff., Band 32, Seite 213 ff., Band 35, Seite 26 ff., Band 36, Seite 237 ff., Band 39, Seite 207 ff., Band 50, Seite 285, Fußnote; Band 59, Seite 305 ff., Band 60, Seite 360 ff., Band 63, Seite 102 ff., Band 74, Seite 360 ff., Band 100, Seite 173 ff., Kurzausgabe Band X, 1, Seite 456,
- Rauschenbach
Münzautomat 51 Gerhard Rauschenbach, Gemeingebrauch und Sondernutzung am öffentlichen Weg, in: Der Münzautomat 1951, Heft 9, Seite 6.

- Rauschenbach
MA 55 ders., Außenwerbung und Verunstaltung,
in: Der Markenartikel 1955, Seite
677 ff.,
- Reimer
Patentgesetz Eduard Reimer, Patentgesetz und Ge-
brauchsmustergesetz, systematisch er-
läutert von Eduard Reimer, § 9 des Pa-
tentgesetzes erläutert von Ernst Reimer,
2., neu bearbeitete und erweiterte Auf-
lage, 1958,
- Reimer
WuW ders., systematischer Kommentar zum
Warenzeichengesetz, zum Gesetz gegen
den unlauteren Wettbewerb und den da-
zu gehörigen Bestimmungen des Bürger-
lichen Gesetzbuches, des Handelsge-
setzbuches, der Pariser Übereinkunft,
des Madrider Markenabkommens, des Mad-
rider Herkunftsabkommens sowie zum Zu-
gabe- und Rabattrecht, 3., neu bearbei-
tete und erweiterte Auflage von ...,
1954,
- RG Gruch Entscheidungen des Reichsgerichts, in:
Gruchot's Beiträge, Band 24, Seite
508 ff., Band 58, Seite 201 ff.,
- RGJW dass., in Juristische Wochenschrift
1900, Seite 569, Nr. 13; 1928, Seite
502 ff., 1930, Seite 1961 ff.,
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit beson-
derer Berücksichtigung der Rechtspre-
chung des Reichsgerichts und des Bundes-
gerichtshofes, Kommentar, herausgegeben
von Reichsgerichtsräten und Bundesrich-
tern, 11. Auflage, Band III, 1. Teil
erläutert von Kurt Herbert Johannsen,
Wilhelm Kregel und Erich Pritsch, 1959,
- RGSt Entscheidungen des Reichsgerichts in
Strafsachen, amtliche Sammlung, Band 4,
Seite 274, Band 38, Seite 10 ff. und
Seite 202 ff., Band 63, Seite 107 ff.,
Band 72, Seite 67 ff., Band 73, Seite
90 ff.,

- RGZ dass., amtliche Entscheidungssammlung, Band 3, Seite 171 ff., Band 7, Seite 213 ff., Band 10, Seite 272 ff., Band 30, Seite 245 ff., Band 40, Seite 280 ff., Band 42, Seite 205 ff., Band 44, Seite 282 ff., Band 68, Seite 370 ff., Band 84, Seite 270 ff., Band 88, Seite 14 ff., Band 92, Seite 310 ff., Band 97, Seite 18 ff., Band 108, Seite 304 ff., Band 118, Seite 91 ff., Band 123, Seite 181 ff. und Seite 186 ff., Band 125, Seite 108 ff., Band 131, Seite 264 ff., Band 132, Seite 398 ff., Band 145, Seite 107 ff., Band 149, Seite 335 ff., Band 150, Seite 216 ff., Band 161, Seite 364 ff.,
- Röpke Wilhelm Röpke, Die Wirtschaftswerbung in der freien Marktwirtschaft, in: Der Markenartikel, 1958, Seite 483 ff.,
- v. Rosen DVBl. 53 Harry von Rosen/von Hoevel, Warenautomaten und Gemeingebrauch, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1953, Seite 132 ff.,
- v. Rosen Wegegeseztz ders., Die neuen Straßen- und Wegegesetze der Länder, in: Der Münzautomat 1959, Seite 150 ff.,
- Roth Friedrich Wilhelm Roth, Die Parkuhr und die Parkgebühr, in: Neue Juristische Wochenschrift 1962, Seite 2192 ff.,
- Schack DVBl. 61 Friedrich Schack, Bemerkenswertes aus dem hamburgischen Wegegeseztz vom 4. 4. 1961, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1961, Seite 897 ff.,
- Schack VerWA ders., Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzungen nach altem und nach neuem Recht, in: Verwaltungsarchiv, Band 54, Seite 43 ff.,
- Schätzel Walter Schätzel, Der Gemeingebrauch an den öffentlichen Straßen in den neuen Straßen- und Wegegesetzen der Länder. Rechtsgutachten, dem Deutschen Industrie- und Handelstag erstattet von .. unter Mitarbeit von Kurt Kaminski und Harwart von Franqué, 1961,

- Schade Oskar Schade, Altdeutsches Wörterbuch, 2. Auflage, 1872 - 1882,
- Scheuner Ulrich Scheuner, Der Gemeingebruch an Straßen, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937, Seite 484 ff.,
- Scheuner RVBl. 37 ders., Zur Neuordnung des Wegerechts, in: Reichsverwaltungsblatt 1937, Seite 729 ff.,
- Schlegelberger-Hoche Franz Schlegelberger und Ulrich Hoche, Das Recht der Neuzeit, 19. Ausgabe 1944,
- Schmidt Automatenrecht Schmidt, F.H., Automatenrecht, Recht der Warenautomaten, der Spiel- und Unterhaltungsautomaten und der sonstigen Verkaufs- und Leistungsautomaten, erläutert von .. unter Mitwirkung von Harry von Rosen/von Hoevel und H. Rotker, 1952,
- Schmidt FiZ Schmidt, -, Die Grundbegriffe des Wegerechts, in: Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Band 47, Seite 1 ff.,
- Schmidt/Tophoff Alfons Schmidt/Tophoff, Reklame und Verkehrssicherheit, zugleich ein Beitrag zur Frage des Verhältnisses von Verkehrsrecht und Baurecht, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1962, Seite 461 ff.,
- Schneider BB 60 Horst Schneider, Die Außenwerbung in der Neuordnung des Baurechts, in: Der Betriebsberater 1960, Seite 194 ff.,
- Schneider WRP 60 ders., Außenwerbung im Spiegel der Rechtsprechung, in: Wettbewerb in Recht und Praxis 1960, Seite 65 ff. und Seite 100 ff.,
- Schneider WRP 61 ders., Die Außenwerbung und Verunstaltungsabwehr im neuen Baurecht, in: Wettbewerb in Recht und Praxis 1961, Seite 302 ff.,

- Schulke Schulke,- Sondernutzung im Wege-recht und Verwaltungsermessen, in: Bayerisches Verwaltungsblatt 1961, Seite 206 ff.,
- Seyffert Rudolf Seyffert, Wirtschaftliche Werbelehre, 1951,
- Sievers Sievers,- Die Verfügung des Trägers der Straßenbaulast über die Sondernutzungen an der öffentlichen Straße, in: Reichsverwaltungsblatt 1939, Seite 217 ff.,
- Soergel - Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und den Nebengesetzen unter Verwertung der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre, begründet von Hs. Th. Soergel, neu herausgegeben von Wolfgang Siebert, bearbeitet von .., 9. neu bearbeitete Auflage 1959, Band 2,
- Sommer W. Sommer, Sind Konzessionsabgaben der Straßenverkehrsunternehmer noch preisgebunden?, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1951, Seite 227 ff.,
- S OVG Jb Entscheidungen des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts, in: Jahrbuch Band 15, Seite 175 ff., Band 40, Seite 336 ff.,
- S OVG FfZ dass., in: Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Band 76, Seite 303 ff.,
- Staudinger - Coing Julius von Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, herausgegeben von Julius von Staudinger, 11., neu bearbeitete Auflage 1957, Allgemeiner Teil, erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing,
- Staudinger - Seufert ders., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band, Sachenrecht Teil 1, erläutert von Günter Seufert, 11. Auflage 1956,

- Tempel MA F. J. Tempel, Problemreiche Wirtschaftswerbung, in: Der Markenartikel, Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware, 1958, Seite 489 ff.,
- Thoma DRiZ Thoma, - , Das Recht auf die Straße, in: Deutsche Richterzeitung, herausgegeben vom Deutschen Richterbund, 1930, Seite 60 f.,
- Thomas MA Hans Thomas, Das Problem der unter-schwelligten Werbung, in: Der Marken-artikel, Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware, 1959, Seite 657 ff.,
- Todt Fritz Todt, Vom Zweck der Straße, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937, Seite 622 ff.,
- Trübner's Deutsches Wörterbuch, begründet von Alfred Götze, in Zusammenarbeit mit Max Gottschald und Günther Hahn, her-ausgegeben von Walther Mitzka,
- Turegg NJW 51 Egon Freiherr von Turegg, Erlaubnis zum Aufstellen von Straßenhändler-buden, in: Neue Juristische Wochen-schrift 1951, Seite 591 ff.,
- Turegg NJW 52 ders., Anmerkung zur Entscheidung des Landgerichts in Passau vom 22. 11. 1951 und des Obergerverwaltungsgerichts in Lüneburg vom 17. 4. 1951, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1952, Seite 480 ff.,
- Turegg Lehrbuch ders., Lehrbuch des Deutschen Verwal-tungsrechts, 3. Auflage 1956,
- Ule DVB1. Carl-Hermann Ule, Hat sich der Ent-wurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg bewährt?, in: Deut-sches Verwaltungsblatt 1960, Seite 609 ff.,
- Unrasch Rudolf Unrasch, Wirtschaftswerbung und Marktforschung, in: Der Marken-artikel, Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware, 1956, Seite 347 ff.,

- VGH Bremen DVBl. Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs in Bremen, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1953, Seite 176 ff.,
- VGH Karlsruhe Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs in Karlsruhe, in: Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Band 8, Seite 661 ff.,
- VGH Mannheim Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs in Mannheim, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1962, Seite 607 ff.,
- VGH Stuttgart Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs in Stuttgart, in: Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Band 9, Seite 968 ff.,
- Werner Fritz Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1959, Seite 527 ff.,
- Wolff Hans-Julius Wolff, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 3. Aufl. ein Studienbuch, Band 1, 2. Auflage 1957, 3. Auflage 1959,
- Wolpert Friedrich Wolpert, Der Gemeindegebrauch im geltenden bayerischen Recht, Diss. jur. Würzburg, 1933,
- WüBad VGH ESVGH Entscheidung des Württembergisch-Badischen Verwaltungsgerichtshofs in: Entscheidungssammlung des Baden-Württembergischen und des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, Band 7, Seite 198 ff.,
- WüBad VGH VerwRspr. ders., in: Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Band 4, Seite 362 ff., Band 6, Seite 569 ff., Band 7, Seite 470 ff. und Seite 475 ff., Band 9, Seite 471 ff.,
- Württ VGH Entscheidung des Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs, in: Reichsverwaltungsblatt 1934, Seite 659 ff.,

- ZAW MA Schutz und Grenzen der Außenwerbung, eine Denkschrift, herausgegeben vom Zentrallausschuß der Werbewirtschaft (ZAW), in: Der Markenartikel, Zeitschrift zur Förderung der Qualitätsware, 1950, Seite 133 ff.,
- Zeitler Klaus Zeitler, Gemeingebrauch oder Sondernutzung bei Droschkenhalteplätzen und Haltestellenbuchten von öffentlichen Straßen, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1960, Seite 90 ff.,
- Zinkahn Willy Zinkahn, Recht auf Außenwerbung - Schutz gegen Verunstaltung, in: Außenwerbung, Recht und Verpflichtung, herausgegeben vom Zentrallausschuß der Werbewirtschaft (ZAW), ohne Jahr, Seite 37 ff.,
- Zippelius DöV Reinhold Zippelius, Grundlagen des öffentlichen Sachenrechts und das Bayerische Straßen- und Wegegesetz, in: Die öffentliche Verwaltung 1958, Seite 838 ff.

Im übrigen wird für die Abkürzungen H. Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 1957, zugrundegelegt.

A. Begriffliche Grundlagen

- I. 1) Der Begriff der Außenwerbung wird in den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (1) nicht näher erläutert. Die genannten Vorschriften setzen ihn entweder voraus (2) oder zählen einzelne Erscheinungsformen der Außenwerbung auf (3).

Den gleichen Weg der Kasuistik hat das Gesetz im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, des Gewerberechts und des Strafrechts (4) beschritten und damit vermieden, zur Frage nach dem Wesen der Werbung Stellung zu nehmen, auf die als möglichen Oberbegriff noch einzugehen sein wird.

2. Diese Zurückhaltung des Gesetzgebers gegenüber der Aufgabe, eine Definition an die Stelle der Aufzählung zu setzen, erscheint noch in der Zeit bis Anfang der dreißiger Jahre dieses Jahrhunderts verständlich. Bis zu diesem Zeitpunkt war nämlich das Recht der Werbung noch nicht als eigenständig anerkannt. Es galt vielmehr als Teil des Wettbewerbsrechts (5).

(1) vgl. die Gesetzesübersicht auf S. 34 ff.,

(2) so § 9 Abs.6 FStrG, § 10 Abs.2 BerlStrG; ferner Art. 12 Abs.1 BayBauO (früher Art. 1 Abs.1 BayAWG), § 56 rh.-pf. LBO und § 15 Muster-BauO.

(3) außer den in der vor. Anm. genannten Bestimmungen des materiellen Baurechts und § 2 HBauO noch § 6 Abs.1, Ziff.3g StVG u. § 42 StVO, die sich ihrem Wortlaut nach, ebenso wie § 3 Abs.2, Satz 2 StVO, nicht auf Außenwerbung beschränken - zur Gültigkeit dieser Bestimmungen kritisch Schmidt/Tophoff, DVBl. 62, 461.

(4) vgl. Bußmann-Droste S. 13, III.

(5) ders. S. 12 f., II./ Für die fr. Ansicht vgl. Elster 1929, S. 892, III., anders ders. 1936 in Bd. 8, S. 419 I.H., IV.

Dieser Zustand änderte sich mit Inkrafttreten des "Gesetzes über Wirtschaftswerbung" (6).

Aber auch in diesem Gesetz, in den auf Grund seines § 6 erlassenen Durchführungsverordnungen (7) und in den Bekanntmachungen des Werberats der deutschen Wirtschaft (8) finden sich keine Erläuterungen zu den damals gebräuchlichen Begriffen "Wirtschaftswerbung" (9) und "Außenreklame" (10). Selbst die einleitenden "Begriffsbestimmungen" der für die Außenreklame einschlägigen 9. Bekanntmachung des Werberats (11) zählen wiederum nur Mittel der Außenwerbung auf.

-
- (6) v. 12. 9. 1933 (RGBl. I S. 625). § 1 unterstellte das gesamte "öffentliche und private" Werbewesen der "Aufsicht des Reiches". Diese wurde wiederum auf den zu gründenden "Werberat der deutschen Wirtschaft" übertragen.
- (7) Es sind insgesamt vier DVOen von dem zuständigen "Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda" (§ 6 des Ges.) ergangen - vgl. Schlegelberger-Hoche, Stichwort "Wirtschaftswerbung", S. 585.
- (8) Sie hatten Rechtssatzcharakter (vgl. v. Braunmühl-Zweck, Anm. 5 zu § 1, S. 71; Bußmann-Droste S. 22). Insgesamt sind 27 Bekanntm. veröffentlicht worden - vgl. Schlegelberger-Hoche a.a.O.
- (9) vgl. die Überschrift des Gesetzes, §§ 3 und 4 sowie 9 der 2. DVO.
- (10) vgl. § 6 der 2. DVO.
- (11) Der Zentralausschuß der Werbewirtschaft (ZAW), eine nach dem Kriege gegründete private Vereinigung, hat im Jahre 1950 die weitere Beachtung der in der 9. Bekanntm. enthaltenen Spielregeln ausdrücklich empfohlen - vgl. MA 50, 133 und Ebel ebda., S. 275.

Damit soll die auch in Fachkreisen damals zunächst anerkannte (12) ordnende Wirkung der Bekanntmachungen nicht verkannt werden. Über das bereits erwähnte Verdienst hinaus, erstmals ein eigenständiges Werberecht geschaffen zu haben, vermag uns weder das Gesetz vom 12. 9. 1933 noch seine ergänzenden Bestimmungen auf dem Wege zur Klärung der Grundbegriffe weiterzubringen.

- 3) Auch im Schrifttum sind diese grundlegenden Fragen noch wenig erörtert. Dieser Mangel führt selbst in Fachkreisen zu unterschiedlichen Auffassungen über das Wesen von Werbung und Außenwerbung (13). Da man sich auf eine Erläuterung der gesetzlichen Tatbestände des Straßenverkehrs- oder Wettbewerbsrechts beschränkt, kommt man auch über die darin aufgezählten Erscheinungsformen nicht hinaus (14).

Zur Grundlegung der weiteren Ausführungen ist es deshalb erforderlich, sich mit dem Wesen von Werbung und Außenwerbung auseinanderzusetzen.

(12) vgl. Bußmann-Droste S. 13, 2. Die bürokratischen Methoden widersprechen jedoch dem Wesen der Werbung, so Baumbach-Hefermehl a.a.O., S. 70

(13) Unrasch MA 56, 347 I.H.

(14) als Beispiel sei Baumbach-Hefermehl, Überbl. vor § 3 UWG, Anm. 15, S. 359, VII. genannt, der die Außenwerbung nicht näher beschreibt. Vgl. im übrigen Bußmann-Droste S. 11 u. 79; Hundhausen Rede S. 9 u. Wesen S. 27 ff.; eine andere Ansicht wie hier vertritt mit Nachw. Schneider WRP 60, 100 R.H., 5.

- II. 1) Sprachlich gesehen stammt das Hauptwort "Werbung" und das dazugehörige Tätigkeitswort "werben" von dem mittelhochdeutschen "werben" oder "wervan"; althochdeutsch "werban", "wervan" oder "huerfan" (15). Es bedeutet zunächst "drehen" (akt.) und intransitiv "sich drehen" (16). Im Mittelhochdeutschen findet sich diese Bedeutung noch vereinzelt.

In erster Linie hat das Wort jetzt den Sinn: "hin- und herbewegen", "sich umtun", "tätig sein", "handeln", "sich bemühen" und "etwas betreiben" (17). In späterer Zeit gewinnt das Wort "werben" unter anderem auch (18) die Bedeutung "für Heeresdienste (aber auch andere Dienste) zu gewinnen suchen".

Von der letztgenannten Bedeutung aus hat es im Laufe der Zeit den Sinn "Kunden zu gewinnen suchen" erhalten und ist etwa seit Ende des 19. Jahrhunderts nach und nach an die Stelle des Wortes "Reklame" getreten (19), das heute fast schon nicht mehr zur Fachsprache gehört.

-
- (15) vgl. Trübner's Stichwort "werben", S. 118, Kluge, unter demselben Stichwort, S. 855, Lexers S. 313, Sp.3; Schade S. 439, 1. Sp.
- (16) Davon das Hauptwort "Wirbel" in seinen verschiedenen Bedeutungen, vgl. Trübner a.a.O. Das Hauptwort "Werbe" mhd. hat auch die Bedeutung "Strudel", vgl. Mackensen, S. 808, Sp.3.
- (17) vgl. die Fundstellen in Anm. 15. Übereinstimmend mit dem Text, jedoch unbelegt, Hundhausen Wesen S. 42
- (18) vgl. Trübner a.a.O. unter 3.
- (19) Hundhausen a.a.O., jedoch nicht unbestr., vgl. die Ausf. ohne Verfasserangabe in MA 52,92,93 l.H./r.H. Zudem hat das Wort "Reklame" den Beigeschmack des Marktschreierischen - vgl. Hundhausen a.a.O., S. 37 - und Stellungnahme des Hamburger Werbefachverb. MA 52, 92 l.H.

- 2) Das Wort "Reklame" stammt von dem lat. "reclamare" und bedeutet einmal "erneut-" und "dagegenschreien", dann aber auch, entsprechend dem Doppelsinn der Vorsilbe "re-" (20) im Lateinischen (21), "wiederholt schreien" (22). Das Wort Reklame leitet sich von der zuletzt genannten Wortverbindung her.

Sowohl das Wort "Werbung" wie auch "Reklame" enthalten ihrer sprachlichen Herkunft nach die Bedeutung des "Aufmerksam-Machens" (23). Der Gegenstand, worauf hingewiesen wird, kann wechseln und verschieden sein. Das Aufmerksam-Machen kann sich auf Drittes oder auf den Handelnden selbst beziehen.

Allein die etymologisch begründeten Schlußfolgerungen lassen sich nur sehr bedingt auf das Rechtsgebiet übertragen. Mangels einer juristischen Definition von Werbung, Außenwerbung oder Reklame - hierauf ist schon in der Einleitung hingewiesen worden (24) -, läßt sich die rechtliche Bedeutung nur in einer Zusammenstellung und vergleichenden Betrachtung der einschlägigen Vorschriften auffinden.

(20) vgl. Georges, Bd.2, Stichwort "re-", Sp. 2210, ferner Lutz- Basson MA 61, 103 l.H. unten.

(21) frz. *reclamer*.

(22) Forcellini, Stichwort "reclamo", Bd.V, S. 105 l.H., Georges a.a.O. Sp. 2227, Dieffenbach S. 487, Sp.1.

(23) Hundhausen, Wesen, S. 42 ff und S. 53 f.

(24) vgl. oben S. 29

3) Diese gehören im wesentlichen folgenden Rechtsbereichen an:

- 1) dem gewerblichen Rechtsschutz,
- 2) dem Gewerberecht,
- 3) dem materiellen Baurecht,
- 4) dem Straßen- u. Straßenverkehrsrecht und
- 5) dem Strafrecht.

In der nachfolgenden Gesetzesübersicht sollen die Fundstellen aufgeführt werden.

B. Rechtsquellen

1) Gewerblicher Rechtsschutz

- a) Patentgesetz i.d.F.v. 9. Mai 1961 (BGBl. I S. 550),
- b) Gebrauchsmustergesetz i.d.F.v. 9. Mai 1961 (BGBl. I S. 570),
- c) Warenzeichengesetz i.d.F.v. 9. Mai 1961 (BGBl. I S. 574),
- d) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. 6. 1909 (RGBl. S. 499).

2) Gewerberecht

- a) Gewerbeordnung für das Deutsche Reich v. 21. 6. 1869, zuletzt geändert durch Gesetz v. 15. 2. 1963 (BGBl. I S. 125),
- b) Gaststättengesetz v. 28. 4. 1930 (RGBl. I S. 146), zuletzt geändert durch Gesetz v. 4. 8. 1961 (BGBl. I S. 1171),

- c) Gesetz über den Verkehr mit Nahrungs- und Genußmitteln (Lebensmittelgesetz) v. 17. 6. 1936 i.d.F.d. Gesetzes v. 14. 11. 1960 (BGBl. I S. 845) und des Urteils des BVerfG v. 21. 2. 1962 (BGBl. I S. 166),
- d) Gesetz über den Ladenschluß v. 28. 11. 1956 i.d.F.d. Gesetzes v. 17. 7. 1957 (BGBl. I S. 722).

3) Materielles Baurecht

Dieser Bereich, früher "Baupolizeirecht" genannt, fällt in die Gesetzgebungskompetenz der Länder (25). Von ihrer Gesetzgebungskompetenz haben nach 1949 Gebrauch gemacht:

Bayern: Bayerische Bauordnung v. 1. 8. 1962 (GVBl. S. 179), zuvor schon mit dem durch die Bauordnung wieder aufgehobenen Gesetz über die verunstaltende Außenwerbung v. 2. 3. 1954 (BayBS II S. 461),

Hamburg: Gesetz v. 1. 10. 1957 (GVBl. I Nr. 60), das in einem einzigen Paragraphen die Werbung an Straßen und Brücken verbietet.

Hessen: Hessische Bauordnung v. 6. 7. 1957 (GVBl. S. 101),

(25) vgl. Gutachten des BVerfG, abgedruckt in E 3, 407, insbes. S. 419, 423, 430 ff., 433; a.M. noch Grewe in MA 51, 243, Sonderdruck S. 14, 15 r.H. Grundlegend neuerdings Schmidt/Tophoff DVB1. 62, 461, 463, cc.

Nordrhein-Westfalen: Bauordnung für das Land
Nordrhein-Westfalen v. 25. 6. 1962
(GVBL. S. 373),

Rheinland-Pfalz: Landesbauordnung für Rheinland-
Pfalz v. 15. 11. 1961 (GVBl. S. 229).

In ehemals preußischen Gebieten gelten außerdem,
soweit sie nicht durch die soeben angeführten Bau-
ordnungen aufgehoben worden sind, weiter

- a) das Gesetz gegen die Verunstaltung land-
schaftlich hervorragender Gegenden vom
2. 6. 1902 (PrGS S. 159) und
- b) das Gesetz gegen die Verunstaltung von Ort-
schaften und landschaftlich hervorragenden
Gegenden v. 15. 7. 1907 (PrGS S. 260).

Die früher reichsrechtliche "Verordnung, die Bauge-
staltung betreffend" (Baugestaltungs VO) (26) gilt
ebenfalls als Landesrecht fort, soweit sie nicht
durch die neu erlassenen Bauordnungen aufgehoben
worden ist (27). Ihre Rechtsgültigkeit war lange um-
stritten. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer
Grundsatzentscheidung (28) zwar ihre Fortgeltung be-
jahrt, gleichzeitig im Wege der Auslegung dem zu wei-
ten Wortlaut im Interesse der Vorhersehbarkeit staat-
licher Eingriffe Grenzen gezogen.

(26) vom 10. 11. 1936 (RGBl. I 938).

(27) Zur Fortgeltung unrichtig Jung DVBl. 61, 265, 266 r.H.; zu
ihrem Inhalt vgl. Schmidt/Tophoff a.a.O. u. Schneider
BB 60, S. 194 l.H., I,

(28) BVerwGE 2, 172 ff., neuerdings in DVBl. 62, 754.

4) Straßen- und Straßenverkehrsrecht

Dem Bund steht nach Art. 74 Ziff. 22 i. V. m. Art. 90 und 70 GG die Gesetzgebungskompetenz nur für die Landstraßen des Fernverkehrs zu (29). Im übrigen ist das Straßenrecht Sache der Länder. Demnach gilt als

a) Bundesrecht

das Bundesfernstraßengesetz (FStrG) vom 6. 8. 1953 in der Fassung der Bekanntmachung v. 6. 8. 1961 (BGBl. I 1741).

- b) Als Landesrecht gilt, soweit es nicht durch die nachstehend angeführten Landesgesetze aus späterer Zeit aufgehoben worden ist, das "Reichsgesetz über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung" vom 26. 3. 1934 (RGBl. I 243) (Straßenneuordnungsgesetz) sowie die dazu erlassene Durchführungsverordnung vom 7. 12. 1934 (RGBl. I 1237) weiter (29a).

Baden-Württemberg

In den ehemals badischen Landesteilen ist das badische Straßengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. 9. 1931 (GVBl. S. 317) und das badische Ortsstraßengesetz vom 15. 10. 1908 in der Fassung des Gesetzes vom 19. 6. 1937 (GVBl. S. 245) in Geltung.

(29) vgl. BGH in VerwRspr. 6, 762, 763

(29a) BGH a.a.O.

In den ehemals württembergischen Landesteilen ist - abgesehen von einer besonderen Regelung für Feldwege, die hier außer Betracht bleiben kann - noch die württ. Wegeordnung v. 23. Okt. 1808 in der Fassung der Verordnung v. 6. 7. 1873 (Reg. Bl. S. 295) und Art. 21 der württ. Bauordnung vom 28. 7. 1919 in der Fassung der Verordnung vom 13. 3. 1937 (Reg.Bl.S.33) zu nennen.

Bayern: Bayer. Straßen- u. Wegegesetz v. 11. 7. 1958 (GVBl. S. 147) i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des bayer. Straßen- und Wegegesetzes v. 22. 12. 1960 (GVBl. S. 298),

Berlin: Berliner Straßengesetz v. 11. 7. 1957 (GVBl. S. 743),

Bremen: Straßenordnung für die Stadt Bremen v. 10. 5. 1960 (GB1. S. 51),

Hamburg: Hamburgisches Wegegesetz v. 4. 4. 1961 (GVBl. S. 117),

Hessen: Hessisches Straßengesetz v. 9. 10. 1962 (GVBl. S.437),

Niedersachsen: In den ehemals hannoverschen Landesteilen gilt das Gesetz über die Landwege und Landstraßen v. 28. 7. 1851 i. d.F.d.Pr. Änderungsgesetzes v. 18. 8. 1902 (Pr GS S. 315) (30),

(30) jedoch nicht im Bereich des früheren Amts Elbingerode. Dort gilt die für das Gebiet des einseitigen Harzes erlassene Wegeordnung v. 1691 und 1738 - vgl. OVG Lüneburg VerwRepr. 13,220,221.

im Bereich des früheren Landes Braunschweig die Wegeordnung v. 29. 6. 1899 i.d.F.d. Ges. v. 2. 2. 1939 (Br.GVS Nr.3, S.3),

im Oldenburgischen die Wegeordnung v. 16. 2. 1895 i.d.F.d. Ges. v. 15. 5. 1935 (OGBl. Bd.49, S.125).

Nordrhein-Westfalen: Landesstraßengesetz v. 28. 11. 1961 (GVBl. S.305),

Rheinland-Pfalz: Mangels einer gesetzlichen Neuregelung gilt in den einzelnen Landesteilen der sehr unübersichtliche frühere Rechtszustand (31) fort, im einzelnen

in der Pfalz früheres bayerisches Recht (32),

im Reg.-Bez. Mainz hessen-darmstädtisches Recht,

im Reg.-Bez. Montabaur ehemals preußisches Recht des Reg.-Bezirks Wiesbaden (33),

(31) vgl. im einzelnen bei Germershausen-Seydel-Marschall, Bd.2 Stichwort Rheinland-Pfalz.

(32) OVG Rh.-Pf. VerwRspr. 8,94,95.

(33) Neben §§ 55 - 57 u. 62 des pr. Gesetzes über die Zuständigkeit der Verwaltungs- u. Verwaltungsgerichtsbehörden v. 1. 8. 1883 (Pr.GS S. 237) insbesondere das in Hessen aufgehobene Gesetz über die Landwege im Reg.-Bez. Wiesbaden v. 15. 3. 1923 (Pr. GS S.67).

im Kreis Birkenfeld ehemals oldenburgisches Recht, u.a. das Gesetz für das Fürstentum Birkenfeld, die öffentlichen Wege betr. v. 3. 5. 1908 (GBI. Bd. 18, S. 587),

in den ehemals zur preußischen Rheinprovinz gehörenden Regierungsbezirken Koblenz und Trier das dort jetzt durch das neue Landesstraßengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen aufgehobene Recht.

Saarland: Gesetz über Straßen und Wege v. 2. 5. 1949 (ABl. S. 453),

Schleswig-Holstein: Straßen- u. Wegegesetz v. 22. 6. 1962 (GVBl. S. 237).

Für das Straßenverkehrsrecht besitzt der Bund nach Art. 74 Ziff. 22 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Er hat hiervon Gebrauch gemacht durch Erlass des

Straßenverkehrsgesetzes v. 29. 12. 1952 i.d. F.d. Ges. v. 16. 7. 1957 (BGBI. I S. 710).

Auf Grund der insbesondere in seinem § 6 enthaltenen Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ist auch die in unserem Zusammenhang interessierende

Straßenverkehrsordnung v. 13. 11. 1937 i.d.F. der Bekanntmachung v. 29. 3. 1956, zuletzt geändert durch Ges. v. 29. 12. 1960 (BGBI. I S. 8).

erlassen worden.

5) Strafrecht

Hier ist das

Strafgesetzbuch v. 15. Mai 1871 i.d.F. d.
Bekanntmachung v. 25. 8. 1953, zuletzt ge-
ändert durch Ges. v. 16. 5. 1961 (BGBI. I
S. 533)

zu nennen.

Die sogenannten nebenstrafrechtlichen Bestimmungen
sind in den oben bereits aufgezählten Gesetzen ent-
halten. Sie brauchen daher hier nicht noch einmal
besonders genannt zu werden.

C. Zum Begriff der Werbung

I. Wie bereits mehrfach erwähnt, setzen die einschlä-
gigen Bestimmungen den Begriff der Werbung entwe-
der voraus oder arbeiten kasuistisch, indem sie
die einzelnen Erscheinungsformen der Werbung in
ihren Tatbestand aufnehmen.

Diese Tatbestände sind in der Rechtsprechung und
im Schrifttum eingehend erläutert worden. Das Er-
gebnis soll hier unter einigen Haupterscheinungs-
formen werbender Tätigkeit kurz dargestellt werden.

1) Ankündigen

Ankündigen oder Ankündigungen erwähnen §§ 15, 24,
25 WZG, ferner § 184 Abs.1, Ziff.1, 3, 3a u. 4
sowie § 219 StGB. Das Tatbestandsmerkmal erscheint
darüber hinaus auch in § 56a GewO und in § 2 der
2. DVO v. 27. 10. 1933 zum Gesetz über Wirtschafts-
werbung.

Zum Begriff hat das Reichsgericht in einer Entscheidung zum früheren § 12 WZG (34), die für die Auslegung aber heute noch von Bedeutung ist, ausgeführt, Ankündigung sei jede Kundmachung, durch die auf eine Bezugsmöglichkeit (von Waren oder gewerblichen Leistungen - d. Verf.) aufmerksam gemacht werde. Im gleichen Sinne werden auch die oben genannten strafrechtlichen Bestimmungen ausgelegt (35).

2) Öffentlich Bekanntmachen

Dieses Tatbestandsmerkmal findet sich in §§ 3, 4, 6, 7 und 7a UWG; § 100a Abs. 3 StGB und Art. 3 Abs. 3, Abschn. I, § 3 des Anhangs A zum Truppenvertrag (36).

Schwierigkeiten bereitet das Merkmal der Öffentlichkeit. Es wird überhaupt nicht in einem einheitlichen Sinne gebraucht (37), sondern in etwa drei verschiedenen Bedeutungen.

Für den Bereich des Strafrechts, insbesondere der Unzuchtsdelikte, hat schon das Reichsgericht ausgesprochen, eine Handlung sei dann öffentlich erfolgt, wenn sie von unbestimmt welchen und wievielen Personen unabhängig vom Einfluß des Täters wahrgenommen werden könne (38). Ihrer Entste-

(34) RGZ 149,335,340.

(35) vgl. LK II, Anm. 4 zu § 184 StGB (Mezger).

(36) Vertrag über die Rechte u. Pflichten ausl. Streitkräfte u. deren Angehöriger in der Bundesrepublik Deutschland i.d.F.d. Bekanntm. v. 30.3.1955 (BGBl. II S. 321).

(37) vgl. List in Festschr. S. 135 ff.

(38) RGSt 73,90,94; ihm folgt Reimer WuW S. 596, Anm. 2.

lungsgeschichte nach verwenden auch andere Vorschriften den Begriff der Öffentlichkeit in diesem Sinne (39). Für § 7 UWG hat das Reichsgericht dies ausdrücklich ausgesprochen (40).

Nun hat ein Zivilsenat desselben Gerichts die Außenwerbung als Ankündigungen an das Publikum bezeichnet (41). In der oben genannten Entscheidung zu § 7 UWG (40) wurde aber herausgestellt, das öffentlich Bekanntmachen bestehe darin, daß der Urheber sich ohne Rücksicht auf die Öffentlichkeit des Ortes an die Allgemeinheit, das breite Publikum und insofern an die Öffentlichkeit wende.

Das Publikum als "unbestimmte Mehrzahl von Menschen", die jederzeit zur Stelle sein kann, wie das Reichsgericht in einem anderen Zusammenhang (42) definiert hat, und der hier verwendete Begriff der Öffentlichkeit decken sich also. (43).

3) Feilbieten

Mit dem Feilbieten befassen sich insbesondere die gewerberechtlichen Bestimmungen, daneben auch die auf die Ausübung des Gewerbes auf öffentlichen Straßen bezüglichen Bestimmungen des Straßenverkehrsrechts (44)

(39) vgl. die Zusammenstellung in RGSt 72, 67, 68 u. LK I, Anm. V, 1 zu § 110 StGB m. weit. Nachw. (Werner).

(40) RGSt 63, 107, 110.

(41) RGZ 123, 186.

(42) RGSt 38, 10 u. 38, 202, 203.

(43) RGSt 38, 202.

(44) Die straßenrechtlichen Bestimmungen kennen nur die Begriffe Gemeingebrauch und Sondernutzung, denen die Werbung einzuordnen ist. Hierauf wird noch einzugehen sein.

Im einzelnen sind zu nennen: §§ 41a, 55 Abs. 1, Ziff. 1; 55a Abs. 1 Ziff. 1 und 2; 56 Abs. 1, Ziff. 1 bis 3 GewO; früher auch die §§ 42a, 56a Abs. 1, Ziff. 4; 56c; 59 Abs. 1 aF GewO, die durch das 4. Bundesgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung (45) gestrichen worden sind. Für das Straßenverkehrsrecht ist § 6 Abs. 1, Ziff. 3 b StVG zu erwähnen.

Nach dem - maßgeblichen (46) - Sprachgebrauch liegt ein Feilbieten vor, wenn das Kaufobjekt selbst und nicht nur Abbildungen oder Muster dem Publikum vorgezeigt werden (47) (48).

4) Feilhalten

Diesen Begriff, der sich praktisch von dem Feilbieten nicht unterscheidet, verwenden § 6 PatG, § 5 GebrMG, § 184 Abs. 1 StGB; § 67 Abs. 1 GewO; § 16 Ziff. 4 GastG, §§ 3 Ziff. 1b u. 2b; 4 Ziff. 2 und 3; 4b Ziff. 3 und 4; 4e Ziff. 1 und 4 sowie 5 Ziff. 3 LebensmG.

a) Feilhalten ist das objektive und subjektive, nach außen hin dem Publikum erkennbar gemachte Bereithalten einer Ware zum Verkauf (49). Der Begriff des Publikums und damit auch der der

(45) v. 5. 2. 1960 (BGBl. I 61).

(46) vgl. Landmann-Rohmer, Anm. 8 zu § 55 GewO, S. 658.

(47) Landmann-Rohmer a.a.O. mit weit. Nachw. vgl. auch Potrykus MDR 61, 366, 367, 1.H./r.H.

(48) die Begriffsbestimmung des Feilbietens deckt sich mit der des Feilhaltens; vgl. den folgenden Abschnitt 4).

(49) RGSt 4, 274, 275; ihm folgt LK II, Anm. 4 zu § 184 StGB, (Mezger), ähnlich auch Reimer, PatG Anm. 6 zu § 6, S. 269 m. weit. Nachw.

Öffentlichkeit wird wieder in dem bereits erläuterten Sinne verwandt. Hinzugekommen ist nur das sowohl dem Feilbieten wie dem Feilhalten eigentümliche Verwenden des Kaufobjekts als Werbemittel.

- b) In diesem Zusammenhang kann zu der Frage Stellung genommen werden, ob Warenautomaten als Werbeeinrichtungen anzusehen sind oder nicht (50).

Unter Berufung auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts in Celle (51) führen Kretzschmar - v. Eisenhart/Rothe aus, ein Warenautomat diene unmittelbar dem Warenumsatz, während die Werbung dazu bestimmt sei, Kaufinteressenten auf eine Ware aufmerksam zu machen oder Waren anzupreisen (52).

Die zu § 184 Abs. 1 Ziff. 3 StGB ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts in Celle beruft sich auf RGSt 37, 143. Das Reichsgericht hat dort die Werbung als "... eine an einen größeren Personenkreis gerichtete geschäftliche Empfehlung unter lobender Erwähnung, Beschreibung und Hervorhebung von Vorzügen usw. ..." bezeichnet. Dieser Beschreibung kann zugestimmt werden. Der Schluß, den das Oberlandesgericht und, ihm folgend, Kretzschmar - v. Eisenhart/Rothe ziehen, ist jedoch nicht zwingend. Ein-

(50) bejahend ProVG 39,207, ihm folgt Marschall FStrG, Anm. 6 zu § 9, ferner S.OVG Jb 40,336,337. Verneinend Kretzschmar - v. Eisenhart/Rothe S. 10 u./ 11 oben.

(51) Münzautomat 1956 43, r.H., III

(52) a.a.O. - vgl. Anm. 50 a.E.

mal pflegt dem angestrebten Warenumsatz die Beeinflussung des Käufers voranzugehen, die den Kaufentschluß wecken soll. Da im Falle des Warenautomaten dieser selbst das Instrument der Werbung ist, muß er auch als Werbemittel bezeichnet werden. Im übrigen unterscheidet sich dieser Vorgang nicht von den soeben unter Ziff. 3 und 4 beschriebenen des Feilhaltens und Feilbietens. Dort wird ja ebenfalls mit der Ware geworben.

Die gezogene Schlußfolgerung ist aber auch deshalb nicht zwingend, weil die Entscheidung auf die Besonderheiten der Werbung in den möglicherweise unter den Tatbestand des § 184 StGB fallenden Gummischutzmitteln abstellt. Damit wird nicht ausgeschlossen, daß eine weniger behinderte Erscheinungsform des Warenangebots als Werbung anzusehen ist.

5) Anbieten

Nicht ganz einheitlich spricht das Gesetz bei gewerblichen Leistungen und Diensten aller Art, also auch höheren, vom Anbieten, so in §§ 42b Abs. 1 Ziff. 3; 55 Abs. 1 Ziff. 3 aF GewO, anders jedoch z.B. in § 184 Abs. 1 Ziff. 2 StGB (52a).

Wie daraus jedoch folgt, können Tätigkeiten dieser Art öffentlich angeboten, mithin kann für sie im Sinne der bereits erörterten Tatbestände geworben werden.

(52a) vgl. hierzu Potrykus a.a.O., S. 367 I.H., II.

Die sich für Dienste höherer Art manchmal ergebenden Beschränkungen (53) sind meist standesrechtlicher Art. Sie sprechen also nicht gegen, sondern für eine Hereinnahme unter den Begriff der Werbung. Ähnlich liegt es auch im Falle der Werbung für künstlerische Darbietungen. Soweit sie nicht unter gewerberechtliche Bestimmungen fallen, weil die künstlerische Leistung überwiegt (54), so ist damit doch nicht ausgeschlossen, daß für sie geworben wird.

Zu den hier einschlägigen Bereichen gehören beispielsweise Transporte aller Art, Luftreisen, Omnibus- u. Bahnfahrten, Kino-, Zirkus- u. Theaterreklame, Hinweisschilder aller Art, die auf eine berufliche oder geschäftliche Leistung hinweisen, wie Arzt-, Steuerberater-, Steuerbevollmächtigten- und Anwaltspraxen, ferner Banken-, Versicherungs- und Firmenniederlassungen aller Art.

Die in diesem Zusammenhang oft ausgenommenen (55) Hinweise auf Vereinigungen mit idealer Zielsetzung, insbesondere religiöser Art, aber auch Gewerkschaften und Zusammenschlüsse geselliger Art, gleichgültig ob mit oder ohne Rechtsfähigkeit, dürften letztlich doch hierher zu rechnen sein.

(53) so für Ärzte, Rechtsanwälte und Notare; für Anwälte vgl. § 2 Ziff. 1, Abschn. H, Ziff. I der "Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufs", aufgestellt von der Bundesrechtsanwaltskammer, Fassung v. 11. Mai 1957.

(54) vgl. §§ 6 Abs. 1 u. 33a Abs. 1 GewO.

(55) vgl. hierzu Hundhausen, Wesen S. 37 I., 1 u. Müller, Anm. 5e zu § 2 HBauO, S. 11.

- 6) Damit ist die Aufzählung von Mitteln der Werbung noch nicht erschöpft. Sie finden sich verstreut in zahlreichen Vorschriften. Insbesondere die für die Außenwerbung einschlägigen Vorschriften des materiellen Baurechts der Länder bieten, wie bereits erwähnt (56), eine reiche Kasuistik (57). Aus dem Strafgesetzbuch seien noch das "Ausstellen", "Anschlagen" und "Verbreiten" erwähnt (58).

Es ist jedoch nicht erforderlich, auf diese oder weitere, bisher nicht angeführte Tatbestände einzugehen. Sie enthalten keine neuen Gesichtspunkte, die zur Bestimmung des Wesens der Werbung noch heranzuziehen wären.

II. Die erörterten Tatbestände lassen einige Gemeinsamkeiten erkennen, die zusammen den Begriff der Werbung ergeben.

- 1) Die Werbung will immer unterrichten, daneben häufig auch zur Abnahme des Angebotenen beeinflussen (58a).

(56) vgl. oben, S. 29, I.

(57) vgl. oben, S. 29, Anm. 2

(58) vgl. §§ 95 Abs. 1; 96 Abs. 1; 110, 111, 184 Abs. 1; 186 u. 187. Zur Auslegung dieser Vorschriften vgl. LK I Anm. V zu § 110 (Werner) u. LK II, Anm. 4 f. § 184 StGB (Mezger).

(58a) Darauf stellt besonders Seyffert, S. 5 ab, ihm folgt Unrasch MA 56, 347 I.H.; ebenso Bußmann-Droste S. 11, I. 1); Kretzschmar-v.Eisenhart/Rothe S. 11; Nettelhorst S. 12; auch BGHZ 23, 157, 165 (Werbung für eine auf Laufkundschaft angewiesene Gastwirtschaft).

- a) Der Werbungtreibende will Kontakt zu seinen Abnehmern gewinnen (59). Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob für den Absatz von Waren, für Dienste, künstlerische oder gewerbliche Leistungen geworben wird (60). Deshalb erscheint die vom Bundesverwaltungsgericht wiederholt (62) ausgesprochene Begriffsbestimmung der Werbung dahin, sie sei (nur - der Verf.) die Beeinflussung des Käufers mit dem Ziel, ihn kaufbereit zu machen, als zu eng.
- b) Die Kontaktnahme mit den möglichen Abnehmern ist für den Werbungtreibenden der Ansatzpunkt, um sie zu beeinflussen. Der Anbietende weist auf die Vorzüge seines Angebotes hin, empfiehlt und lobt. Dabei geht er über die bloße Unterrichtung hinaus. Gelegentlich mischen sich Übertreibungen oder einseitige Darstellung ein, die als marktschreierisch empfunden werden. In Gestalt der sogenannten "unterschwelligten Werbung" (63) wird sogar das Unterbewußtsein des Menschen beeinflusst.

(59) vgl. Tempel auf der Hauptversammlung des Unilever-Konzerns, abgedruckt MA 58, 489.

(60) vgl. die Anführungen in § 42 Abs.2 StVO, § 55 Abs.1 GewO, Art.4 Ziff.1 a u. b des Internat. Abkommens über die Erleichterung der Einfuhr von Warenmustern und Werbematerial v. 7.11.1952, in Kraft gesetzt durch Ges. v. 11.5.1955 (BGBl. II 633); ferner Hundhausen a.a.O. S. 42, 43, 46 u. 53; Baumbach-Hefermehl, Überbl. v. § 3 UWG, Anm.1, S. 353; Büge-Zinkahn S. 58 unten, Nettelhorst a.a.O.

(62) DVBl. 54, 362, 363 l.H.; BVerwGE 2, 172, 178; ihm folgt Rauschenbach Münzautomat 55, 677, 684 l.H.

(63) zum Begriff vgl. Thomas MA 59, 357 und BVerwG in Verw. Rspr. 12, 309. Das Urteil hebt die Entscheidung des OVG Münster v. 11.3.1958 (DöV 58, 824) auf.

- c) Jegliche Werbung richtet sich auf den Eintritt eines wirtschaftlichen Erfolges (64). Hiervon gibt es lediglich zwei Ausnahmen, wovon die eine jedoch nur zum Schein besteht.

Das Bemühen, religiöse, politische oder andere Auffassungen zu verbreiten (65), richtet sich nicht auf den Eintritt eines wirtschaftlichen, sondern eines idealen Erfolges. Zur Unterscheidung wollen manche diesem Bereich die Bezeichnung "Propaganda" vorbehalten (66).

Im Standesrecht einiger freier Berufe finden sich, wie bereits erwähnt (67), grundsätzliche Verbote jeglicher Werbung. In Wirklichkeit sind lediglich die Werbungs mittel, z.B. auf Hinweis schilder, beschränkt.

Der Zweck der Werbung, Eintritt eines wirtschaftlichen Erfolges, bleibt danach unberührt. Der erlaubte Teil beschränkt die Werbung auch nur zum Schein auf ihr erstes Element, die Unter richtung. Es läßt sich einfach aus der Natur der Sache heraus nicht ausschließen, daß ein Hinweisschild nicht auch beeinflußt.

(64) vgl. oben S. 47 . In diesem Sinne kann von "Wirt schaftswerbung" gesprochen werden. Zum Begriff vgl. Baumbach-Hefermehl a.a.O.; ähnlich auch Bußmann-Droste, S. 11 I.1; v. Braunmühl-Zweck, Anm. 1 zur Überschrift, S. 67; Groebe BayVBl. 56,267 I.H.; Marschall FStrG, Anm. 2 zu § 8, S. 139 u. Anm. 6 zu § 9, S. 172.

(65) vgl. Hundhausen a.a.O., S. 37 I.1).

(66) insbesondere durch die Sprachregelung des Ges. v. 12.9.1933 - vgl. oben S. 30, Anm. 6 und die Nachweise bei Hundhausen, Wesen S. 38 f.

(67) vgl. oben S. 47 Anm. 53.

- 2) Die Werbung entfaltet sich regelmäßig in aller Öffentlichkeit, vor dem Publikum.

In bestimmten, insbesondere durch Strafbestimmungen bezeichneten Fällen darf der Werbungtreibende sein Angebot nur einem begrenzten Teil des Publikums zugänglich machen. Diese Beschränkung der Öffentlichkeit ergibt sich jedoch aus der Natur der Sache, wofür geworben wird. Sie hängt dagegen nicht mit dem Wesen der Werbung zusammen (68).

- 3) Die Werbung läßt sich daher als ein auf den Eintritt wirtschaftlichen Erfolges gerichtetes Bemühen kennzeichnen, das darin besteht, in aller Öffentlichkeit das Publikum auf den Gegenstand der Werbung aufmerksam zu machen und es möglichst dahin zu beeinflussen, den Gegenstand jetzt oder künftig abzunehmen.

Soweit in bestimmten Fällen die Öffentlichkeit beschränkt ist, folgt dies zwar aus der Besonderheit des Angebots, ändert aber nichts an der Zugehörigkeit des Wesensmerkmals Öffentlichkeit zum Begriff der Werbung.

Wird die Werbung insbesondere aus standesrechtlichen Rücksichten auf einige Werbemittel beschränkt, so folgt dies nicht aus der Natur der Werbung, sondern aus der Person des Werbungtreibenden, der standesrechtlichen Schranken unterworfen ist.

(68) Man könnte auch die beschränkte Form der den freien Berufen erlaubten Werbung hierherrechnen. Allein es handelt sich nicht um einen teilweisen Ausschluß der Öffentlichkeit - sie wird ja z.B. durch Hinweisschilder aufmerksam gemacht, - sondern um eine Beschränkung der Werbungs mittel.

Mithin sind die Mittel der Werbung und ihr Gegenstand für die Begriffsbildung nicht wesentlich.

Der juristische Begriff der Werbung als Beeinflussung des Publikums für die wirtschaftlichen Zwecke des Werbungtreibenden wird teilweise durch die sprachliche Herkunft von "Werbung" und "Reklame" bestätigt.

D. Zum Begriff der Außenwerbung

Von der Begriffsbestimmung der Werbung aus sollen nun die Besonderheiten der Außenwerbung herausgestellt werden.

- I. Man könnte zunächst meinen, Außenwerbung sei derjenige Teil der Werbung, der außerhalb geschlossener Räume statfinde und wirken solle. In der Tat wird diese Unterscheidung gemacht (69). Neben der Werbung auf öffentlichen Straßen, Plätzen und Wegen, an Häusern und Giebeln wäre auch die Verkehrsmittelwerbung einzubeziehen. Diese wird jedoch seit der 9. Bekanntmachung des Werberats der Deutschen Wirtschaft (70) ausgeklammert. Der Begriff der Außenwerbung ist daher unter Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen (71) zu erarbeiten.

(69) Marschall FStrG, Anm. 6 zu § 9 Abs. 6, S. 172.

(70) v. 1.6.1934 (RAnz. Nr. 125); vgl. auch oben S. 30, Anm. 8. Zur Auslegung der Herausnahme der Verkehrsmittelwerbung vgl. v. Braunnühl-Zweck, Anm. 7 z. Einl. der 9. Bekanntm., S. 246.

(71) vgl. oben S. 35 ff., B.3 u. 4.

- 1) Nach § 56 Abs. 1 der Landesbauordnung für Rheinland-Pfalz (72) sind "Anlagen der Außenwerbung alle ortsfesten Einrichtungen, die ... vom öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar sind". Abs. 2 erweitert die Anwendbarkeit des Absatzes 1 auch auf solche Werbeanlagen, "die keine baulichen Anlagen oder Teile von solchen sind".

Nach Absatz 5 gilt u.a. Abs. 2 entsprechend für Warenautomaten, wenn sie vom öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar sind.

Diese Fassung des § 56 LBO entspricht im wesentlichen § 15 Abs. 1 MBO (73) und ist in ähnlicher Gestalt in Art. 12 Abs.1 BayBauO und § 15 Abs. 1 LBO NRW Gesetz geworden (74). Die früher in Art. 1 Abs.2 BayAWG (75) erwähnte Befestigungsart der Anlage ist als Merkmal fallengelassen worden (76).

- a) Übereinstimmend sehen also die genannten Bestimmungen eine Anlage der Außenwerbung dann als gegeben an, wenn sie - vom öffentlichen Verkehrsraum aus - sichtbar ist.

(72) vgl. oben S. 35, 3).

(73) Musterbauordnung für die Länder des Bundesgebiets, vgl. hierzu im einzelnen Schneider BB 60, 194, 195 f., IV.

(74) vgl. Schneider, WRP 61, 302 r.H.

(75) aufgehoben durch Art. 109 Nr. 216 BayBauO.

(76) anders schon seit 1957 § 2 HBauO - vgl. Müller, Anm. 5 d zu § 2, S. 11.

Zum öffentlichen Verkehrsraum gehören in erster Linie die Straßen, Wege und Plätze, aber auch das Gelände öffentlicher Verkehrsunternehmen (77), insbesondere der Bundesbahn, ferner Flüsse und Seen, soweit sie jedermann zugänglich sind. Für den Begriff der Öffentlichkeit kommt es auf die tatsächlichen Gegebenheiten an (78), nicht auf die Widmung (79) oder die Eigentumsverhältnisse an Grund und Boden (80).

Der Begriff der Öffentlichkeit ist also der gleiche, wie er bereits bei der Bestimmung der Werbung herausgestellt worden ist (81).

- b) Infolge ihrer Beschränkung auf "sichtbare" Anlagen scheinen die Bauordnungen von vorneherein darauf verzichten zu wollen, Anwendung auch auf akustische Werbeanlagen wie Lautsprecher zu finden (82).

-
- (77) "Ein Verkehrsunternehmen ist öffentlich, wenn es der Allgemeinheit zugänglich ist" - vgl. v. Braunmühl-Zweck, Anm. 8 zur Einleitung der 9. Bekanntm., S. 246.
- (78) die tatsächlichen Verhältnisse, nicht die rechtliche Öffentlichkeit der Straßen, Wege und Plätze berücksichtigte schon § 1 Abs.1, S. 1 der aufgehobenen BayBauO v. 17.2.1901 (BayBS II, 446); zum Begriff vgl. Maunz, öfftl. Sachen S. 4, 2.
- (79) vgl. die Ausführungen im Hauptteil, S. 74 ff. u. Anm. 145.
- (80) ebenso v. Braunmühl-Zweck, Anm. 2 zu Ziff. 4 der 2. Bekanntm. S. 109 u. Burmann, S. 47.
- (81) vgl. oben S. 51., 2), ferner Schneider BB 60, S. 196 l.H. oben
- (82) so Müller, a.a.O.

Durch die Erfahrungen, die während der Geltungsdauer des BayAWG und der HBauO gesammelt werden konnten (83), sieht § 56 Abs. 2 Rh.-Pf. LBO, wie bereits erwähnt, eine erweiterte Geltung des Absatzes 1 vor. Die Anwendbarkeit ist also nicht auf "Ortsfeste Einrichtungen" im Sinne von Abs. 1 beschränkt. Bei wörtlicher Auslegung sind auch akustische Werbeanlagen, Werbung von Luftfahrzeugen aus und die Verkehrsmittelwerbung einbezogen. Allein es müssen hier einige Schranken gezogen werden

- c) Die erste Schranke dieser Art ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut, der auf die Sichtbarkeit abstellt. Unter die Bestimmungen der Bauordnung können demnach z.B. nur solche Lautsprecheranlagen fallen, die so angebracht sind, daß sie vom öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar sind. Anlagen an Fahrzeugen und in geschlossenen Räumen gehören nicht dazu. Diese Einschränkung wird durch den Zweck baurechtlicher Bestimmungen gerechtfertigt.

Aus dem gleichen Grunde zählt auch die Werbung von Luftfahrzeugen aus nicht unter die Tatbestände der Bauordnungen, selbst wenn sie vom

(83) Art. 1, Abs. 2 BayAWG stellte auf die "Befestigung" an Gebäuden ab; ebenso Baußmann-Droste S. 79. § 15 Abs. 1 der Musterbauordnung, Fassung August 1958, hatte die Sichtbarkeit von anderen Grundstücken einbezogen. Das ist wohl mit Recht als zu weitgehend fallengelassen worden - vgl. hierzu im einzelnen Schneider a.a.O., S. 195, III.

öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar ist (84). Hierauf ist vielmehr § 20 des Luftverkehrsgesetzes (85) anzuwenden. Die Problematik der Auslegung liegt daher in erster Linie in der Abgrenzung der Zuständigkeiten. Anders ausgedrückt kann man den entscheidenden Gesichtspunkt darin sehen, ob die Werbung Haupt- oder Nebensache im Verhältnis zu den anderen Bereichen ist.

- d) Dies gilt insbesondere für die Verkehrsmittelwerbung und die Werbung im Straßenverkehr. Zwar findet auch die Verkehrsmittelwerbung, wie Burmann (86) richtig bemerkt, außerhalb geschlossener Räume statt. Aber die Praxis unterscheidet mit Recht zwischen Verkehrsmittel- und Außenwerbung (87). Unter dem Gesichtspunkt von Haupt- und Nebensache stellt nämlich die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, sei es auf der Straße oder auf der Schiene, die Hauptsache dar, die Werbung bleibt Nebensache. Sie entfaltet insofern keine eigenen Rechtswirkungen, muß aber den Vorschriften der Straßenverkehrsordnung oder - im Falle des Schienenverkehrs - den hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt des Unfallschutzes stehenden Betriebsordnungen der Bundesbahn

(84) so Müller a.a.O. Nach seiner Ansicht ist jedoch die Werbung an Fesselballonen nach der Bauordnung (nicht dem Luftverkehrsgesetz) genehmigungspflichtig, weil sie durch Haltetaue mit dem Grund und Boden fest verbunden seien. Vgl. auch Schmidt/Tophoff, DVBl. 62, 461, 465 f., B.

(85) v. 1.8.1922 idF des Ges. v. 10.1.1959 (BGBl. I 9); wie hier Schneider WRP 61, 303 I.H.

(86) S. 47

(87) vgl. Schneider a.a.O.

bzw. bei Straßenbahnen für Schienenfahrzeuge genügen. Auf die Straßenverkehrsordnung wird daher noch einzugehen sein.

- e) Als Ergebnis der Untersuchungen zu 1) ist danach festzuhalten:

Das materielle Baurecht, das sich im übrigen mit einer Aufzählung von Werbemitteln begnügt (88), kennt insofern einen eigenen Begriff der Außenwerbung, als Sichtbarkeit vom öffentlichen Verkehrsraum aus gefordert ist. Nach dem Gesetzeszweck ist diese Formel, die ihrem Wortlaut nach auch die Verkehrsmittelwerbung und die von Luftfahrzeugen aus einschließen könnte, dahin einengend auszulegen, daß damit nur Werbungsmitel gemeint sind, die als Bauwerke zu gelten haben.

Mithin kommt dem Werbungsmitel im Bereich des materiellen Baurechts eine eigene Bedeutung zu.

- 2) Im Bereich des Straßenverkehrsrechts bestimmt § 42 StVO (89):

" (1) Werbung und Propaganda durch Bildwerk, Schrift, Licht oder Ton sind verboten, soweit sie geeignet sind, außerhalb geschlossener Ortschaften die Aufmerksamkeit der Verkehrsteilnehmer in einer die Sicherheit des Verkehrs gefährdenden

(88) vgl. oben S. 29, Anm. 2 und 3

(89) vgl. oben S. 40, 4).

Weise abzulenken oder die Leichtigkeit des Verkehrs zu beeinträchtigen (90).

(2) Das Anbieten gewerblicher Leistungen, von Waren und dergleichen auf Straßen ist verboten. "

- a) Entsprechend ihrer Ermächtigungsgrundlage in § 6 Abs. 1, Ziff. 3 StVG (89) soll diese Vorschrift der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs dienen. In beiden Absätzen ist deshalb eine Aufzählung von Werbemitteln enthalten. Während jedoch Absatz 1 jegliche Werbung außerhalb geschlossener Ortschaften unter bestimmten Voraussetzungen verbietet, ist in Absatz 2 nur vom "Anbieten" ohne Beschränkung "außerhalb geschlossener Ortschaften" die Rede.
- b) In Rechtsprechung und Schrifttum besteht Streit darüber, ob § 42 Abs.2 StVO nur auf akustische Werbung anzuwenden sei.

Floegel-Hartung, unter Berufung auf das Bundesverwaltungsgericht (90) und das Oberlandesgericht in Köln, bejahen dies (91). Nach der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut der Bestimmung sowie der von der amtlichen Begründung gegebenen Auslegung des Begriffs des "Anbietens" sei das anzunehmen. Innerhalb geschlossener Ortschaften müsse zudem jeder Verkehrsteilnehmer immer mit unvorhergesehenen Störungen rechnen.

(90) vgl. BVerwG v. 14.7.1959, Münzautomat 60,23 = VRS 17,239

(91) Anm. 3 zu § 42 StVO, S. 662 unten.

Das Oberlandesgericht in Hamburg (92) hält dagegen die Beschränkung auf die Lautwerbung für zu eng.

Der Begriff des Anbietens beschränke sich nicht auf eine bestimmte Art der Werbung (93). Vielmehr sei unter Anbieten jegliche Art der Anpreisung zu verstehen. Der Vorschrift genüge, auch die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten.

Der Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, daß ein Autobesitzer mitten im abendlichen Berufsverkehr der Hamburger U-Bahn sein Auto vor dem Ausgang abgestellt hatte. An der Scheibe klebte ein Zettel, worin das Fahrzeug zum Verkauf angeboten war. Es sammelte sich davor eine Menschenmenge an, sodaß die Polizei einschreiten mußte.

- c) Im Ergebnis ist dem Oberlandesgericht in Hamburg zuzustimmen (94). Indem es § 42 Abs.2 StVO dahin auslegt, jedes verkehrshindernde Anbieten von Waren auf der Straße (95) sei verboten, folgt es dem Gesetzeszweck, der die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs gewährleisten will. Demgegenüber können die Ansichten des historischen Verordnungsgebers unberücksichtigt bleiben, da sie im Wortlaut keinen Niederschlag gefunden haben.

(92) NJW 62, 1529 Nr. 26.

(93) Damit sind wohl die Mittel der Werbung gemeint.

(94) so auch schon vor Bekanntwerden der Entsch. Schmidt/Tophoff a.a.O., S. 462, b).

(95) vgl. den nichtamtl. Leitsatz a) der Fundstelle.

Für den Begriff der Außenwerbung im Straßenverkehrsrecht läßt sich daraus ableiten, daß nach dem Gesetzeszweck jegliche Werbung ohne Begrenzung hinsichtlich der Mittel angesprochen ist, wenn und soweit sie störend wirken kann. Es bedarf nach der Art der zu regelnden Materie keines besonderen Hinweises im Gesetz, daß die Werbung im Freien stattfinden müsse. Die Verordnung gilt ohnehin nur für den öffentlichen Straßenverkehr (96).

d) Mithin kennt das Straßenverkehrsrecht keinen Unterschied zwischen Werbung, Außenwerbung und "Fahrender Reklame" (97). Mit der Verbotsregelung des § 42 StVO soll jegliche Werbung erfaßt werden, die störend wirken kann.

3) Das Bundesfernstraßengesetz und die Straßen- und Wegegesetze der Länder (98) behandeln die Außenwerbung, soweit sie überhaupt ausdrücklich erwähnt ist (99), unter wegerechtlichen und wegebaurechtlichen Gesichtspunkten (100).

(96) vgl. § 6 Abs. 1, Ziff. 3 StVG u. § 1 StVO.

(97) hierzu ausführlich Schmidt-Tophoff a.a.O., S. 465 f.

(98) vgl. oben S. 37 ff. 4)

(99) vgl. oben S. 43, Anm. 44.

(100) so insbes. § 9 FStrG, vgl. Schmidt/Tophoff a.a.O., S. 464 f. mit Ausf. über die Vereinbarkeit dieser Best. mit §§ 42 - 45 StVO. Nach Ansicht von Evers NJW 62, 1033 r.H. beruht die Kontroverse "Wegerecht contra Verkehrsrecht" auf unklaren Vorstellungen von der Abgrenzung des Wegerechts zum Verkehrsrecht. Zur Außenwerbung eingehend Fuchs Betrieb 60, 140.

- a) Nach § 9 Abs. 5 iVm Abs. 1 und 2 FStrG dürfen Anlagen der Außenwerbung innerhalb einer Entfernung von 40 m bei Bundesautobahnen und 20 m bei Bundesstraßen, gemessen vom äußersten Rand der befestigten Fahrbahn, nicht errichtet werden. Innerhalb einer Entfernung von 100 m bei Bundesautobahnen und 40 m bei Bundesstraßen, ebenfalls gemessen vom äußersten Rand der befestigten Fahrbahn, dürfen die Bau- und sonstigen notwendigen Genehmigungen nur mit Zustimmung der obersten Landesstraßenbehörde erteilt werden. Ähnliche Bestimmungen finden sich auch im Landesrecht (101).

Eine Begriffsbestimmung der Außenwerbung wird nicht gegeben. Auf ihre Einordnung unter die Begriffe des Gemeingebruchs, der Sonder- u. sonstigen Nutzung wird noch einzugehen sein.

Eine Ausnahme machen in dieser Hinsicht zwei landesrechtliche Gesetze:

- b) Nach § 10 Abs. 2 BerlStrG (102) sind Sondernutzung Werbeanlagen auf öffentlichen Straßen und Anlagen, die in die Straße eingreifen.

(101) z.B. Art. 23 BayStrWG.

(102) vgl. oben S. 38, 4. b).

Wie damit zunächst einmal zum Ausdruck gebracht wird, greift die Bestimmung nur ein, wenn öffentliche Straßen durch Anlagen der Außenwerbung in Anspruch genommen werden. Dem ist zuzustimmen. Das Wegerecht gilt nur für öffentliche Straßen (103). Aus dem Zusammenhang mit Anlagen, die in die Straße eingreifen, kann geschlossen werden, daß § 10 Abs. 2 Berl. StrG die Außenwerbung dahin charakterisieren will, sie greife (stets, der Verf.) in die Straße ein. Nach dem Gesetz liegt also eine Inanspruchnahme der Straße vor, wenn die Anlage der Außenwerbung entweder mit dem Straßengrund, z.B. durch eine Säule, verbunden ist oder sich im Luftraum darüber befindet. Demnach ist eine Außenwerbung nach diesem Straßengesetz rechtlich erheblich, wenn sie sich mittelbar oder unmittelbar im Straßenraum befindet.

Auf diesen rein wegerechtlichen Gesichtspunkt der Straßennutzung wird im Hauptteil noch einzugehen sein. Für den Begriff der Außenwerbung im Straßen- u. Wegerecht läßt sich über den eingangs (104) geäußerten Gesichtspunkt hinaus nichts gewinnen. Maßgeblich ist die Inanspruchnahme der Straße.

(103) vgl. § 1 Abs. 1 FStrG und die entspr. Best. in den Ländergesetzen. So auch Böhm DVBl. 59,615 rH; Marschall FStrG, Anm. 2 zu § 1; für das frühere bay. Wegerecht BayObLG Reg. Samml. 6. Erg.Bd. S. 226; zu Art. 1 BayStrWG Förg Münzautomat 59,172 I.H. IV.2, ferner Nau S. 3.
Nach überkommenem bayer. Wegerecht handelte es sich hier um sog. "Rechtlich-öffentliche Straßen", vgl. BayObLG a.a.O., Mang-Heigl, S. 457; Zippelius DöV 58, 838 I.H., I.

(104) vgl. oben S. 60, 3)

- c) Einen anderen Weg hat die Bremische Straßenordnung (105) eingeschlagen. In § 1 "Gemeingebruch" heißt es in Absatz 2:

"Insbesondere darf niemand ohne besondere Erlaubnis

- a) auf öffentlichen Wegen und Anlagen Verkaufsstände, Wartehallen und Werbeträger errichten, Fahrradständer, Tische und Stühle aufstellen, Bauzäune und Gerüste errichten sowie Güter, Waren und Material lagern, Reklamewagen fahren und aufstellen, Plakate tragen und Handzettel oder Werbemittel verteilen."

Diese Fassung der Vorschrift erscheint bedenklich (106). Offenbar ist hier das Abgrenzungsproblem zum Straßenverkehrsrecht einerseits und zum materiellen Baurecht andererseits nicht richtig gelöst. Insbesondere verstößt das in der Bestimmung enthaltene Verbot der Werbung auf Straßen gegen § 45 StVO (107), da diese Materie, wie bereits dargelegt, in § 42 Abs. 2 StVO bundesrechtlich abschließend geregelt worden ist.

(105) vgl. oben S. 38, 4).

(106) hinsichtlich § 1 Abs.2,c) u. § 2 Abs.2, Ziff.4 BrStVO hat das OVG einen Verstoß gegen Bundesrecht (§ 16 StVO) festgestellt, vgl. OVG Bremen DVBl. 62, 644.

(107) vgl. BVerwG Münzautomat 60,23 = VRS 17,239,240

Immerhin läßt sich daraus der Standpunkt des Gesetzgebers entnehmen, der auch noch an anderer Stelle seinen Niederschlag gefunden hat (108). Wie in Berlin liegt auch hier eine Außenwerbung nur vor, wenn dazu die Straße in Anspruch genommen wird.

- d) Für den Bereich des Straßenrechts läßt sich daher feststellen, daß rechtlich erheblich nur eine Werbung ist, die eine Inanspruchnahme der Straße darstellt.

Im Straßenbaurecht kommt es, wie im materiellen Baurecht, auf die Sichtbarkeit vom öffentlichen Verkehrsraum an.

Mithin ist in diesen Bereichen das Mittel der Werbung rechtlich erheblich.

- II. Für den Begriff der Außenwerbung haben die Untersuchungen zu D. demnach ergeben:

- 1) Es ist zwischen einer Außenwerbung im weiteren und im engeren Sinne zu unterscheiden.

Als Außenwerbung im weiteren Sinne ist derjenige Teil der Werbung zu bezeichnen, der außerhalb geschlossener Räume stattfindet und wirken soll (109). Auf die Mittel der Werbung kommt es hierbei nicht an.

(108) vgl. § 2 Abs.3, Ziff. c) BrStrO.

(109) Zu allgemein Zinkahn in Außenwerbung, S. 37, I. Dagegen beanstandet Burmann, S. 47 zu Unrecht die Formulierung bei Bußmann-Droste S. 79.

Dieser Begriff der Außenwerbung liegt den Verbotstatbeständen des Straßenverkehrsrechts zugrunde.

- 2) Außenwerbung im engeren Sinne ist derjenige Teil der Außenwerbung im weiteren Sinne, der vom öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar ist. Hierbei kommt es also auf die Mittel der Außenwerbung an, denn diese müssen so geartet sein, daß sie in der angegebenen Weise gesehen werden können.

Mit diesem Begriff der Außenwerbung arbeitet das Baurecht, wobei das Straßenbaurecht (z.B. § 9 FStrG) insoweit eine Besonderheit darstellt, als eine in Meterzahlen begrenzte Sichtbarkeit unter die Tatbestände fällt.

- 3) Außenwerbung im engsten Sinne erfordert von den Mitteln der Außenwerbung, daß sie eine Inanspruchnahme der Straße darstellen. Im Straßenrecht sind also nicht die Mittel der Außenwerbung schlechthin erheblich, sondern nur diejenigen, die als Straßennutzung in Betracht kommen.
- 4) Entsprechend dem Thema der Arbeit befassen sich die weiteren Ausführungen nur mit den zuletzt genannten Mitteln. Als Begriff der Außenwerbung wird der zu Ziff. 3) definierte, also im engsten Sinne, zugrundegelegt.

E. Rechtliche Einordnung der Außenwerbung

- I. Wie schon angedeutet worden ist, hat sich das Werberecht erst seit wenigen Jahrzehnten als selbst-

ständiges Gebiet rechtlicher Betrachtung durchsetzen können (110). Unabhängig davon spielt aber die Werbung und damit auch die Außenwerbung in zahlreiche andere Rechtsbereiche hinein, so daß deren besondere Regeln zu beachten und anzuwenden sind.

- 1) Betrachtet man die Außenwerbung unter dem Gesichtspunkt des in ihr sich ausdrückenden Wettbewerbs als eines seiner vielgestaltigen Mittel, um den Markt zu gewinnen (111), so muß sie dessen Grundregeln, nämlich die Wettbewerbswahrheit und -klarheit (112) beachten, gleichgültig, in welcher äußeren Gestalt (113) sie auftritt.
- 2) Jede Werbetätigkeit, also auch die Außenwerbung, steht im Zusammenhang mit einem Unternehmen, das

(110) vgl. oben S. 29 A. I. 2)

(111) vgl. Röpke MA 58, 485 l.H.

(112) Baumbach-Hefermehl, Anm. 4 zu § 3 UWG, S. 355; Bußmann-Droste, S. 13; eine ausführliche Zusammenstellung der Rechtsprechung bringt Droste in MA 59, 643 ff., ferner Elster 1936, S. 419 r.H. und die Begriffsbestimmung der Werbung durch den Hamburger Werbefachverband, abgedruckt in MA 52, 92 l.H.

(113) nach Maßgabe der Begriffsbestimmung, vgl. oben S. 65 D. II. 3) und S. 49, Anm. 63

sich ihrer zu seinem Vorteil bedient (114). Die Rechtsprechung hat deshalb die Werbung als eine "Erscheinungsform" gewerblicher Betätigung angesehen und sie als Teil des "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes" gewertet, der als absolutes Recht wie das Eigentum und der Besitz nach § 823 Abs. 1 BGB (115), in gewissem Umfang aber auch gegenüber hoheitlichen Eingriffen geschützt ist. (116).

Verfassungsrechtlich gesehen gehört die Außenwerbung als Teil des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes - den vermögenswerten Rechten - und damit dem Eigentumsbegriff des Art. 14 GG (117) an, während die Befugnis, solche Anlagen

-
- (114) BGHZ 23, 157, 163 u. BGH in VerwRspr 10, 836; anders noch v. Caemmerer, S. 336 unter Berufung auf die in Anm. 17 a.a.O. zitierte frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts
- (115) vgl. die in der vorigen Anm. genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes sowie in BGHZ 25, 266, 270; ferner BGHZ 3, 270, 279 mit vergl. Zusammenstellung der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"; vgl. hierzu auch Körner.
- (116) BGHZ 23, 157, 165 f., 4. und BGHZ 25, 266, 270. Der Eingriff kann in der Beeinträchtigung des vorüberfließenden Verkehrs liegen, sodaß die "Laufkundschaft", auf die der Gewerbetreibende angewiesen ist, künftig ausbleibt - BGHZ 23, 157, 164 -, oder der Strom des Fußgängerverkehrs wird durch Aufstellen von Schutzgittern umgeleitet - OVG Berlin in NJW 53, 840 und VGH Stuttgart in VerwRspr 9, 968.
- (117) BayVerfGH v. 6. 12. 1952 (GVBl. 53, 17, 20, r.H.).

zu errichten, aus dem Grundsatz der Baufreiheit folgt, der aber ebenfalls als Ausfluß des Eigentums gilt und damit einschließlich aller zulässigen Beschränkungen nach Art. 14 GG zu beurteilen ist (118). Knüpft man dagegen an die im Rahmen der Außenwerbung entfaltete Tätigkeit an, so kann auch ein Schutz aus Art. 12 GG, dem Grundrecht der "Berufsfreiheit" (119), in Betracht kommen.

Zieht man schließlich den Beweggrund der Außenwerbung, Abnehmer zu gewinnen (120) in Betracht, dann ergibt sich wiederum ein Zusammenhang mit dem durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten freien Wettbewerb (121) (122), der ein Teil des Rechts auf

-
- (118) BVerwGE 2, 172, 174; vgl. aber BVerwG Urt. v. 6. 10. 1954 - DWW 54, 304 I.H., wonach die Baufreiheit im Interesse der Allgemeinheit Einschränkungen unterliegt; ferner Grewe MA 51, 243, Sonderdruck S. 19 r.H. und Naumann DVBl. 51, 398, 400 r.H.
- (119) BVerfGE 7, 377 ff., speziell zur Außenwerbung BVerwGE 2, 172, 179.
- (120) vgl. oben S. 51, 3).
- (121) vgl. oben S. 66, I., 1).
- (122) Maunz-Dürig, Anm. 6 zu Art. 2 Abs. 1 GG, Randziff. 48 und v. Mangoldt-Klein, Anm. I. 2 zu Art. 2 GG, S. 162; Anm. II. 6c, 1, S. 173 f. m. weit. Nachw.

freie Entfaltung der Persönlichkeit ist (123) (124).

- 3) Sowohl der Schutz aus Art. 12 GG wie der aus Art. 14 GG stehen unter Gesetzesvorbehalt, der auch durch landesrechtliche Vorschriften ausgefüllt werden kann (125) (126).

Außer den bereits genannten Bestimmungen des materiellen Baurechts (127) ist das Reichsnaturschutz-

-
- (123) dagegen kommt Art. 2 GG nach der Rechtsprechung neben Art. 12 nicht zum Zuge - vgl. BVerfGE 1. 264, 274 vor b; 6, 32, 37 vor b; 7, 377, 386, B. I.; 9, 338, 343, I. und - auf derselben Rechtsauffassung beruhend - 11, 30, 39 ff.; ferner BVerwGE 1, 48, 51 und 2, 172, 180; weitere Entscheidungen vergleiche bei Maunz-Dürig a.a.O., Randziff. 7 und Fußnote 3, S. 8 sowie Randziff. 11, S. 11.
- (124) Eine Zuordnung der Außenwerbung unter die Meinungs- oder die Lehrfreiheit (Art. 5 Abs. 1 und 3 GG) hat das Bundesverwaltungsgericht a.a.O., S. 178 mit Recht abgelehnt. Bei der Außenwerbung handelt es sich nicht um die Äußerung einer Ansicht oder einer Lehrmeinung, sondern um ein zweckhaftes, wirtschaftliches Tun, auf das sich die Kategorien des Art. 5 Abs. 1 und 3 GG nicht anwenden lassen.
- (125) vgl. Art. 12 Abs. 1, Satz 2 und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG; zu letzterem vgl. BVerwGE a.a.O., S. 175 und BVerwG in NJW 55, 195; v. Mangoldt-Klein, Anm. V. 1. zu Art. 14 GG, S. 431 f. Die Rechtsnorm muß aber eine Prüfung im Einzelfall zulassen, darf also keine unwiderlegbare Vermutung des Inhalts aufstellen, eine Anlage der Außenwerbung wirke stets verunstaltend, so BayVerfGH GVBl., S. 20, 1.H., vgl. denselben auch in DöV 58, 822, 823 1.H., d); ebenso BVerwG a.a.O., S. 174
- (126) v. Mangoldt-Klein Anm. V. 6 zu Art. 12 GG, S. 386 und Anm. V. 1c zu Art. 14 GG, S. 432 m. weit. Nachw.
- (127) vgl. oben S. 35 f., 3). Weitere Nachweise bei Schneider BB 60, 195 1.H., II. u. Schmidt/Tophoff a.a.O., S. 461 1.H.

gesetz (128), das als Landesrecht weitergilt (129), hierher zu rechnen. Diese Vorschriften bestimmen Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne des Gesetzesvorbehalts in Art. 14 Abs.1, Satz 2 GG, stellen also keine Enteignung dar (130).

Im gleichen Sinne sind die Vorschriften des Strassen- u. Straßenverkehrsrechts (131) zu betrachten. Die Baufreiheit des Einzelnen wird hier unter den Gesichtspunkten "Offenhaltung der Straße" (132) und der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs (133) eingeschränkt.

Zu erwähnen sind schließlich die einzelnen Bereiche des Gewerberechts, insbesondere für das Reisegewerbe (134), den Verkauf aus Warenautomaten (135) und

-
- (128) v. 26. 6. 1935 (RGBl. I 823).
- (129) BVerfGE 8, 195; vgl. hierzu auch Jung, DVBl. 61, 265, 266 l.H.
- (130) so für das mat. Baurecht BVerwGE 2, 172, 175 u. 3, 28, 29.
- (131) vgl. oben S. 37 ff., 4)
- (132) Brabant JW 38, 3201, 3203 r.H. unter Berufung auf RGZ 132, 398, 401 (muß wohl richtig RGZ 123, 181, 184 heißen!); ihm folgt v. Rosen DVBl. 53, 132, 134 l.H. u. Anm. 23 das., ferner OVG Lüneburg MDR 56, 508 r.H.; Hammes DV 50, 71, 72 r.H.; Huber DöV 55, 129, 133 f. und Nedden NJW 56, 81, 83 r.H.
- (133) vgl. oben S. 57 f. 2) u. Jung a.a.O. m. weit. Nachw.
- (134) vgl. die neu durch Ges. v. 5.2.1960 (BGBl I 61) in die Gewerbeordnung eingefügte Titelüberschrift III.
- (135) früher Ges. über den Verkauf aus Warenautomaten v. 6.7.1934 (RGBl. I 585), aufgehoben durch Ges. über den Ladenschluß v. 28.11.1956 (BGBl. I 875). Durch die Fassung von § 7 Abs.1 des neuen Gesetzes sind die Ausf. v. Kretzschmar-v.Eisenhart/Rothe s. 32 ff. teilweise überholt.

das Gaststättengewerbe, ferner das Lebensmittelrecht und die Verordnung über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (136).

II. Im Rahmen dieser Arbeit soll nicht untersucht werden, welche Maßstäbe im Rahmen des baurechtlichen Genehmigungsverfahrens an eine Anlage der Außenwerbung gelegt werden dürfen. Es soll vielmehr vorausgesetzt werden, alle diese Klippen seien bereits überwunden und die Anlage im Luftraum über der Straße angebracht. Es fragt sich also, ob darin bereits eine "Inanspruchnahme der Straße" im Sinne der wegerechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Außenwerbung liegt.

- 1) Grundsätzlich kann der Eigentümer eines Grundstücks jegliche Einwirkung nach § 1004 i.V.m. § 905 Satz 2 BGB verbieten oder sich dafür, daß er sie gestattet, ein Entgelt ausbedingen (137). Uneingeschränkt gilt das jedoch nur im Zivilrecht, mithin auch für sogenannten "tatsächlich-öffentliche" Straßen (138), die Interessentenwege und andere Privatstraßen (139).

(136) v. 29. 9. 1941 (RGBl. I 587); zu ihrer Weitergeltung BVerwG DVBl. 54,362,363 l.H.

(137) vgl. hierzu Meisner-Stern-Hodes a.a.O., S.9 u. BGH VerwRspr. 9, 667,669 m. weit. Nachw.; ferner Meisner in Anm. zu OLG Hamm JW 27, 2533; ders. in Anm. zu RGJW 28,502; Neukamp in Anm. zu RGJW 30,1961; zur Überspannung öffentl. Straßen mit privaten Antennen Charitius JW 32,1810 u. Neugebauer in Anm. zu LG Altona JW 30,3491.

(138) so das überkommene bayer. Wegerecht; vgl. Knorr BayVB1. 58 300,304 r.H. u. Zippelius DöV 58,838,849 l.H., sowie Marschall FStrG, Anm. 2 zu § 1, u. Maunz Hauptprobleme S. 239.

(139) für die ausschließlich Zivilrecht gilt; vgl. Bochalli, VerwR I, S.88f.,III., Eiser-Riederer V,S.1. Ziff. 1a.

Mit diesen beschäftigt sich die vorliegende Arbeit nicht. Schon seinem Begriff nach (140) kommen für die Außenwerbung nur der Gebrauch öffentlicher Straßen und Wege in Betracht, für die allein das Wegerecht gilt (141).

- 2) Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll, nachdem die Grundbegriffe von Werbung und Außenwerbung erörtert worden sind, zunächst die öffentliche Zweckbestimmung der Straße und die in ihrem Rahmen liegenden Nutzungen betrachtet werden (Abschnitt F.). Darauf folgt eine Betrachtung der Nutzungen außerhalb der öffentlichen Zweckbestimmung (Abschnitt G.).

Für Abschnitt F. ist Ausgangspunkt das Recht der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, die Entstehung und Nutzung der Straßen (I.). In diesem Zusammenhang bietet sich Gelegenheit, zum Umfang des Gemeingebrauchs nach bisheriger Rechtsprechung und den neuen Straßen- u. Wegegesetzen von Bund und Ländern sowie zur Frage der Abgrenzung von Straßen- und Straßenverkehrsrecht Stellung zu nehmen.

Unter II. werden die Fragen um den Verkehrsbegriff, die Fortgeltung bisheriger Rechtsgrundsätze, die Rechtsnatur und die Unentgeltlichkeit des Gemeingebrauchs behandelt.

(140) vgl. oben S. 65. II. 3)

(141) vgl. die Nachweise oben S. 62 in Anm. 103.

An der gesetzlichen Neuregelung des Straßen- u. Wegerechts in Bund und Ländern ist erhebliche Kritik geübt worden. Unter III. werden zunächst die Autoren und die hauptsächlichen Einwände, wie Verletzung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, Enteignung der Anlieger u.ä.m., angeführt. Neben der Stellungnahme zu der Kritik erfolgt auch eine Darstellung des Anliegerrechts, der Anliegernutzung und der Zeit als Faktor im Verwaltungsrecht.

In Abschnitt G. geht die Arbeit auf die Straßen-
nutzung außerhalb der öffentlichen Zweckbestimmung
ein.

Dazu gehören neben der öffentlich-rechtlichen Sondernutzung auch solche bürgerlichen Rechts, die der Sprachgebrauch der Straßen- u. Wegegesetze der Länder als "sonstige Nutzungen" bezeichnet.

Auf die Erteilung der Erlaubnis zur Sondernutzung besteht kein Rechtsanspruch. Die gesetzliche Neuregelung kennt zudem nur noch befristete oder widerrufliche Gestattungen. Die Dauerrechte früheren Rechts sind teils verschwunden, teils jetzt nach bürgerlichem Recht zu behandeln.

- F. Die öffentliche Zweckbestimmung der Straße und ihre Nutzung
- I. Das Wegerecht gilt, wie bereits angeführt worden ist (142), nur für öffentliche Straßen. In der Regel sind das solche, die diese Eigenschaft durch

(142) vgl. Anm. 141.

einen besonderen Verwaltungsakt, die Widmung, erlangt haben.

- 1) Sowohl nach bisherigem wie nach geltendem Recht können Wegeflächen ihre öffentlich-rechtliche Eigenschaft auch auf anderem Weg erlangt haben. Bei den historischen Straßen, die seit unvordenklichen Zeiten in der Rechtsüberzeugung benutzt werden, sie seien öffentliche Wege, gehen die Ansichten über die Natur des Entstehungstatbestandes auseinander (143). Hierauf braucht jedoch nicht weiter eingegangen zu werden.

Nach geltendem Recht können öffentliche Straßen und Wege ohne Widmung im Flurbereinigungsverfahren entstehen (144).

- 2) Das Wegerecht erwähnt diese Entstehungsweisen nicht,

(143) Zippelius a.a.O. S. 841 r.H. II. 2 nimmt einen Rechtsatz, nämlich Gewohnheitsrecht, als Ursache an. Die hM erblickt in der Benutzung seit alters lediglich die widerlegbare Vermutung einer früher stattgehabten Widmung; vgl. Bad Württ VGH in VerwRspr. 13, 104, 106, und in VerwRspr. 14, 723, 725; für ehemals preuß. Gebiete BGHZ 20, 273, Hess VGH VerwRspr. 15, 989 ff., OVG Münster DöV 61, 34, 35 r.H. u. Friedrichs a.a.O. Bd. 6, S. 829 r.H.

(144) Im Flurbereinigungsverfahren gem. §§ 37, 39, 45 Abs. 1 Ziff. 9; 61; bei der Fluchtlinienfestsetzung nach §§ 9 Abs. 1 Ziff. 3; 12. BBauG

sondern kennt nur Straßen, die durch Widmung (145) und, wenn die Straße erst gebaut werden muß, Indienststellen (146) die Eigenschaft einer öffentlichen Sache in Gemeingebrauch (147) erlangt haben. Die Rechtslage der öffentlichen Straßen wurzelt also im Recht der öffentlichen Sachen (148) (149).

-
- (145) so § 2 Abs.1 Satz 1 FStrG, Art.6 Abs.1 BayStrWG, § 3 Abs.1 Satz 1 BerlStrG; für das Gebiet des PrALR ebenso schon RGZ 42,205,208; vgl. auch RGZ 88,14,16; 123,181,183; 125,108,111; BGHZ 9,373, 383; 15,113,117; Bochalli Verwaltungsrecht I, S.89, II. 1.; Eiser-Riederer V, S.1, 1.a; Erdsiek DJZ 35,147,148, II.; Forsthoff, S. 329,333 u. 336; Huber DöV 55,129,130 l.H.; List in Energierecht S.53; Maunz, Hauptprobleme, S.231 u. 239, 5.; ders., öffentl. Sachen, S.12; v.Rosen DVBl. 53,132 r.H.; Scheuner ZAKfDR 37,484,485 r.H.; Schmidt, Automatenrecht S.231; Schmidt FfZ 47, 1; Wolpert § 4 S.4 ff.
- (146) Die Widmung allein genügt dann nicht, wenn die Straße erst gebaut, also das Substrat, auf das sich die Widmung beziehen soll, erst geschaffen werden muß. Der Realakt der Indienststellung hat bisher neben der Widmung noch keine selbständige rechtliche Bedeutung erlangt, vgl. Forsthoff, S.336 f., ebenso Matschek, S.418.
- (147) Bochalli Verwaltungsrecht I. S. 89 II.; Forsthoff S.338, 3.; Huber a.a.O. S.130 l.H., 2. Maunz öffentl. Sachen, S.16 VII. 2.; Nau, S.3; Haas DVBl. 62,653 ff.
- (148) Huber a.a.O. nennt drei Gruppen, nämlich 1. die dem Gemeingebrauch offenstehenden, 2. die ausschließlich Staatszwecken vorbehalten sind (z.B. militärische Verteidigungsanlagen), 3. die dem Sondergebrauch eines einzelnen Benutzers oder eines Benutzerkreises vorbehalten Sachen (die Schienenwege öffentlicher Eisenbahnen); vgl. auch Schätzel, S.1^h m. weit. Nachw.
- (149) Dieser Bereich des allgem. Verwaltungsrechts ist bisher noch nicht kodifiziert worden, vgl. jedoch Art. 174 ff. WüEVRO, hierzu Ule DVBl. 60,609 ff., ferner Külz DöV 61, 103 m. Nachw. in Fußnote S.103 l.H.; Wissenschaft und Rechtsprechung haben diesen Bereich, wenn auch nicht in jeder Hinsicht übereinstimmend, vgl. Schätzel a.a.O., entwickelt.

- 3) Hierzu gehören nicht nur Sachen im Sinne von § 90 BGB, sondern auch körperhafte und unkörperliche Gegenstände, wie der elektrische Strom und die fließende Wasserwelle (150). Mit dem öffentlichen Weg verbindet sich dagegen immer die Vorstellung eines oder einer Vielheit von Grundstücken (151) im Rechtssinne (152), die als Straßen zu dienen bestimmt sind. Während manche öffentliche Sache, wie der Meeresstrand (153), diese Eigenschaft von Natur aus besitzt, bedarf es bei anderen (154) eines ausdrücklichen, wenn auch adressatlosen Verwaltungsakts (155), um ihnen diese Eigenschaft zu verleihen, der Widmung (156). In diesem Zusammenhang

-
- (150) Forsthoff S. 338, 3.; Maunz a.a.O. S. 1 f.; Staud.-Coing Vorbem. 25 zu § 90 BGB, S. 420; anderer Meinung anscheinend List, Festschrift 144, der sich auf Giese Verwaltungsrecht, S. 68, bezieht.
- (151) Zippelius a.a.O. S. 839 r.H.; Zeitler DVBl. 60, 90, 92 r.H.
- (152) Darunter ist ein räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche zu verstehen, der im Bestandsverzeichnis des Grundbuches auf einem besonderen Blatt oder unter einer besonderen Nummer eingetragen ist - RGZ 84, 270 und KGJ 53, 171. Die öffentlichen Wege erhalten aber nur auf Antrag ein Grundbuchblatt - § 3 Abs. 2 lit. a) GBO -.
- (153) Forsthoff S. 326.
- (154) z.B. erhält das Gotteshaus nach kath. Ritus eine kultische Weihe, consecratio oder benedictio genannt - vgl. c.i.c. can. 1150, 1154 - vgl. Staud.-Coing Vorbem. 26 zu § 90 BGB, S. 421; Forsthoff a.a.O. scheint diese "Widmung" rein verwaltungsrechtlich zu sehen.
- (155) WüBadVGH in ESVGH 7, 198, 199; OVG Hamburg in DöV 55, 151; Bochalli DVBl. 56, 181, 1.H.; ders. Verwaltungsrecht I S. 91, 1
- (156) vgl. Anm. 145, S. 75.

können aber die öffentlichen Sachen und Verwaltungsvermögen, das sind Kirchen, Schulen und Verwaltungsgebäude, deren sich die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Zwecke bedient, außer Betracht bleiben. An ihnen besteht nämlich kein Gemeingebrauch, und ihr Eigentümer kann auf Grund seiner privatrechtlichen Befugnisse (§§ 903 ff BGB, insbes. § 1004 BGB) einen Störer abweisen (157). Für die Sachen im Gemeingebrauch gilt das nicht. Zwar sind sie nicht mehr, wie im römischen Recht, als *res in publico usu* zugleich auch dem Privatrechtsverkehr entzogen - *res extra commercium* - (158); sie sind auch nicht herrenlos (159), sondern stehen im Privateigentum einer natürlichen oder juristischen Person, aber der Eigentümer kann nicht frei darüber verfügen. Die "Öffentlichkeit" (160) dieser Sachen besteht darin, daß sie einem öffentlichen Zweck, dem Gemeingebrauch, zu dienen haben (161).

-
- (157) Die Behörde kann einem Störer Hausverbot erteilen, vgl. BGH in NJW 61, 308 r.H. f. u. BGH in NJW 62, 1068. Letztere ist zu § 250 Abs. 1, Ziff. 3 StGB ergangen, gehört aber hierher, wenn auch der Begriff der Öffentlichkeit in der genannten Bestimmung nicht wie hier u. oben S. 42 C.I.2) u. Anm. 43 sowie S. 53 D.I.1a) u. Anm. 77 u. 81 gebraucht wird.
- (158) so die Luft, das Wasser, das Meer und der Meeresstrand, vgl. § 1 I. de rer. div. 2, 1; der wahre Grund dürfte in der Schwierigkeit gelegen haben, diese Dinge zu beherrschen, so van Almsick, S. 1; für den öffentlichen Weg vgl. auch I. 83 § 5 Dig. de verb. obl. 45, 1; I. 2, § 5 Dig. ne quid in loco publ. 43, 8; § 2 I. de inutil. stip. 3, 19; hierzu auch RGZ 3, 171, 173 f.; darin kommt zum Ausdruck, daß das Kriterium einer öffentlichen Sache in ihrer Bestimmung zum Gemeingebrauch zu finden sei (RG a.a.O., S. 174).
- (159) RGZ 88, 14, 16; List JW 38, 555 l.H., II.; zur geschichtlichen Entwicklung vgl. Eiser-Riederer, S. 12 f.
- (160) vgl. List in Festschrift S. 140 u. oben Anm. 157
- (161) vgl. List a.a.O.

Soweit der Gemeingebrauch, die öffentliche Zweckbestimmung der Straße, reicht (162) kann der Eigentümer des Straßenraumes die Einwirkung nicht verbieten (163) oder sie beschränken, indem er auf den Umfang des Gemeingebrauchs Einfluß nimmt oder sich dafür, daß er die Einwirkung gestattet, ein Entgelt ausbedingt (164).

Die öffentliche Zweckbestimmung, gelegentlich auch "öffentlicher Dienst" genannt (165), geht den Be-

-
- (162) Darauf wird noch näher einzugehen sein. Vgl. S.87, Anm. 200.
- (163) ProVG 10, 192, 194; 198, 200; 28, 74, 76 f.; 36, 237, 240; 50, 285 (in Fußnote); 74, 360, 363; BayVGH in JW 30, 2004, 2005; RGZ 30, 245, 248; 42, 205, 208; RGJW 00, 569 Nr. 13; RGZ 123, 181, 185; 125, 108, 111; 132, 398, 401; 150, 216, 225; vgl. auch BVerwGE 4, 342, 346; BGHZ 15, 113, 117; 23, 157, 165; BGH in NJW 53, 1705; in VerwRspr. 9, 667, 668 und 669; LG Passau NJW 52, 470; LG Detmold NJW 52, 1057; LG Hannover BB 53, 548. - Im Schrifttum van Almsick S. 62 ff. u. 101; Brabant JW 38, 3201 r.H.; Bull MA 56, 29 r.H.; Eiser-Riederer V S. 13 f. Erdsiek a.a.O., Sp. 148; Fleiner, S. 333 u. 358; Forsthoff, S. 346; Hammes a.a.O., S. 73 r.H.; Jellinek, S. 509; Marschall FStrG, Anm. 4 zu § 2, S. 35 f.; Nebinger, S. 105; Peters, S. 209; v.Rosen a.a.O. S. 132 r.H.; v. Turegg NJW 51, 591 r.H. u. NJW 52, 480 (Anm.); Wolff 2. Aufl., S. 289.
- (164) nach der in der vorigen Anmerkung genannten Rechtsprechung - vgl. auch Erdsiek a.a.O. - gehört die Unentgeltlichkeit zum Wesen des Gemeingebrauchs.
- (165) so Maunz, ZAKfDR 35, 645 r.H.

fugnissen aus dem Privateigentum vor. Das ist die jetzt herrschende Ansicht, die auf der Lehre von der öffentlichen Zweckbindung des Privateigentums beruht (166) (167).

"Die Herrschaft des Privatrechts hört an dem Punkte auf, an dem der öffentliche Dienst der Sache beginnt" (168). Das Duldenmüssen des Gebrauchs beruht nicht auf einer wegerechtlichen Vorschrift, sondern

-
- (166) vgl. RGJW 28, 502, 503 r.H.; RGZ 132, 398, 399; BGHZ 9, 373, 382 f.; BGH in NJW 53, 1705 l.H./r.H.; LG Passau NJW 52, 470, 471 l.H. mit zust. Anm. v. Turegg a.a.O., S. 480 r.H.; Bull a.a.O.; ferner Eiser-Riederer V, S. 13; Fleiner, S. 358; Forsthoff, S. 329/330; Jellinek S. 507, 509, 510; List JW 38, 555 l.H., II; Nebinger, S. 105 und 110; Peters S. 208 f., der die hier vertretene Ansicht "Lehre vom modifizierten Privateigentum. auch jüngere Fiskustheorie" nennt; Zippelius a.a.O., S. 839 r.H.; die bei Eiser-Riederer a.a.O. genannten Belegstellen List, Verwaltungsrecht, S. 150, 160 ff., 74 äußern sich nicht eindeutig über die angeschnittenen Fragen; die dort weiter angeführten Entscheidungen BGH NJW 52, 466 und OVG Lüneburg NJW 52, 480 sind nicht einschlägig.
- (167) Keines weiteren Eingehens bedürfen heute mehr die Lehrmeinungen teils einseitig zivilrechtlicher, teils einseitig öffentlich-rechtlicher Betrachtungsweise. Hierüber vermittelt BGHZ 9, 373, 380 ff. 3. einen Überblick. Das Gericht stellt sich zwar eindeutig auf den Standpunkt der herrschenden Ansicht (S. 382, 385, 5. u.ö.), stimmt aber andererseits ausdrücklich Maunz und seiner Lehre von dem durch die Widmung begründeten Nutzungsrechtsverhältnis (Hauptprobleme S. 230, 280 u.ö.; vgl. hierzu auch Zippelius a.a.O., S. 839 r.H.) zu (S. 382); spricht aber nicht von diesem, sondern einem Maunz unbekannten Nutzungsverhältnis (allein auf S. 382 zweimal).
- (168) Fleiner, S. 333 u. 358; ebenso Eiser-Riederer V S. 13 unten; Forsthoff, S. 329 f.; Jellinek, S. 510; Peters S. 209.

auf der Zustimmung des Eigentümers zur Widmung (169). Hat er bei der Widmung mitgewirkt oder ist seine Zustimmung z.B. durch Enteignung des Straßenlandes ersetzt worden (170), dann ruhen, soweit der Gemeingebrauch reicht, die privatrechtlichen Befugnisse aus dem Eigentum (§ 1004 Abs. 2 BGB). Jenseits der öffentlichen Zweckbestimmung kann der Eigentümer dagegen grundsätzlich frei verfügen. Er darf das Grundstück veräußern und belasten, kann sich für die gezogenen Nutzungen ein Entgelt gewähren lassen (171). Insoweit unterscheidet sich daher das Eigentum nicht von dem an anderen Grundstücken (172).

Das bisher Gesagte gilt grundsätzlich auch für den Luftraum über der Straße. Er gilt heute kraft ausdrücklicher Bestimmung (173), früher schon nach

-
- (169) "Das Duldenmüssen des Gebrauchs beruht nicht auf Gesetz, sondern auf der Widmung", Maunz, Hauptprobleme, S. 283; Petersen, S. 127, a); vgl. auch RGZ 132, 398, 401/402.
- (170) Die Beschränkung des Eigentums ergibt sich besonders deutlich aus den Ersatztatbeständen der Zustimmung, z.B. der Enteignung, so Maunz a.a.O., S. 256; Schmidt FIZ 47, 1, 51.
- (171) Bei den unter das Straßenneuregelungsgesetz (vgl. oben S. 37, 4) b) fallenden Straßen ist die Mitwirkung des Eigentümers ausgeschlossen. Seine Befugnisse sind "zur Ausübung" (§ 3 Abs. 1) auf den Träger der Straßenbaulast übertragen, vgl. hierzu BGH in VerwRspr. 6, 762, 765. Der Eigentümer darf also auch nicht über die Nutzungen außerhalb der Zweckbestimmung der Straße verfügen, z.B. nicht über die Ernte von Obstbäumen oder das Gras am Straßenrand.
- (172) vgl. die in Anm. 163 angeführte Rspr. des RG, ferner RGZ 131, 264, 267; vgl. auch die a.a.O. genannte Rspr. des BGH; ferner Ganschezian-Fink NJW 57, 285 u. Peters S. 208 f.; ihm folgt Eiser-Riederer a.a.O.
- (173) vgl. § 1 Abs. 4 FStrG, Art. 2 BayStrWG, § 2 Ziff. 2 BerlStrG.

ständiger Rechtsprechung (174) als Bestandteil der Straße. Jede Benutzung der Straße erfordert nun einmal auch die dritte Dimension, also den Luftraum über der Straßenfläche.

Wenn gesagt wird, § 905 Satz 2 BGB gelte im öffentlichen Recht nicht (175), so besagt das nur, daß Einwirkungen im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung nach dieser Vorschrift nicht verboten werden können (176). Der Eigentümer kann sich also

-
- (174) PrKompKonflH in PrVBl. 19, 358, 359 r.H.; ProVG 28, 74, 76; 35, 26, 28/29; 305, 307 f.; 60, 361; RGZ 42, 205, 207 f.; RGJW 28, 502, 503 m. Anm. Meisner (504); RGZ 123, 181, 182; 132, 398; 150, 216, 226; BGH in Verw Rspr. 9, 667, 668; HansOLG MDR 57, 37; Bochall, Verwaltungsrecht I. S. 87, I.1.; Germershausen-Seydel, S. 98; Hammes a.a.O. S. 72 l.H. u. 103; List in Energierecht, S. 53; Marschall FStrG, Anm. 7 zu § 1; Meisner-Stern-Hodes, S. 9; RGRK, 11. Aufl., Anm. 5 zu § 905 BGB, S. 315 (Pritsch); Staudinger-Seufert, Anm. 10a zu § 905 BGB, S. 406; Schmidt, FiZ 47, 1; ferner für Telegraphenleitungen ausdrücklich § 1 Abs. 1, Satz 2 TelWG, dessen Erlaß durch die Entsch. des RG v. 25.9.1899 (RGZ 42, 205) notwendig geworden war (vgl. v.Almsick, S. 16).
- (175) ProVG 59, 305, 308; 60, 360, 361; ihm folgt Germershausen-Seydel a.a.O.; ferner Marschall a.a.O. Meisner-Stern-Hodes a.a.O.; Staudinger-Seufert a.a.O.; ebenso auch Förg, Münzautomat 1959, 154, 173 l.H., 4. f.d. Sondernutzungen nach öffentlichem Recht (Art. 18 BayStrWG).
- (176) Meisner-Stern-Hodes a.a.O.; im übrigen bleibt § 905 Satz 2 BGB anwendbar, BGH a.a.O., mit weit. Nachw.

nicht mit privatrechtlicher Begründung (177) gegen diese Einwirkungen wenden, wohl aber der Wegeherr (178), früher Wegebaupolizei genannt (179) mit öffentlich-rechtlichen (180) Gründen. Allein der Verkehr spielt sich auf der Straße ab, und nicht im Luftraum, sodaß dieser Bereich für die Widmungszwecke weitgehend ohne Interesse ist (181). Bei Zweifeln über die Abgrenzung haben schon früher oft die Gerichte darüber zu befinden gehabt, wie weit nach oben hin die öffentliche Zweckbe-

-
- (177) also nicht die Stadtgemeinden auf Grund ihres häufig an den öffentlichen Straßen innerhalb ihrer Gemarkung bestehenden Privateigentums, denn das wird durch die öffentlichen Interessen nicht berührt, so BGH a.a.O. unter Berufung auf Ganschezian-Fink a.a.O., der aber auf die bei einer Gemeinde häufig bestehende Verbindung hoheitlicher Aufgaben mit privatrechtlichen Interessen u. Befugnissen hinweist. Wie hier auch Bull MA 56, 29 r.H.
- (178) vgl. Eiser-Riederer V S.11, c) a.; Jellinek, S. 508; Maunz, Verwaltung, S.291; vgl. auch Nedden DöV 59, 844, 845, II.
- (179) Hess.VGH BBauBl. 1953, 103,104 l.H. u. OVG Münster v. 11.5.1956 in DöV 57, 152 (nur Leitsatz).
- (180) vgl. den vom OLG Hamm JW 27, 2533 entschiedenen Fall. Dort wollte der Eigentümer von Grund u. Boden, der zugleich eine Gebietskörperschaft war, die Überquerung der Straße mit einer Starkstromleitung aus §§ 1004, 905 Satz 2 BGB verbieten. Damit wurde er nicht gehört. Er hatte jedoch zugleich auch geltend gemacht, die Leitung sie schlecht ausgeführt u. werde mangelhaft überwacht. Das hat das Gericht zu Unrecht, vgl. die kritische Anmerkung von Meisner a.a.O., nicht berücksichtigt, obwohl die Klägerin damit öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte vorgebracht hatte.
- (181) für das Recht der Bundeswasserstraßen und das württ. Wasserrecht vgl. LG Heilbronn in DöV 58, 230 r.H. mit insoweit zustimmender Anm. Fonk. Das Gericht spricht von "einem für die Schifffahrt oder die anderen Widmungszwecke uninteressanten, von der Widmung ausgenommenen Restbezirk".

stimmung der Straße und damit der Gemeingebrauch reicht (182). Antennen liegen regelmäßig außerhalb des Widmungsbereichs, Lichtreklamen, Transparente und andere Werbeanlagen können dagegen durchaus noch in den Verkehrsraum hineinragen und deshalb störend wirken. Bei der Entscheidung dieser Frage ist auch die künftige Entwicklung des Straßenverkehrs und der übrigen öffentlichen Zwecke zu berücksichtigen (183).

- 4) Der Gemeingebrauch besteht - für die Bundesfernstraßen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FStrG, in den Ländern, die bereits neue Straßengesetze erlassen haben (184), nach den entsprechenden Bestimmungen (185)

-
- (182) vgl. RGZ 123, 181; 132, 398; BGH in VerwRspr. 9, 667 für in den Luftraum hineinragende Hotel-Vordächer u. Lichtreklamen; LG Detmold NJW 52, 1057 für einen Rollfilmautomaten; zu diesen Fragen vgl. auch WüBadVGH in VerwRspr. 7, 475, 479 und Hammes a.a.O. S. 72, 1.H. f. 6. Eine andere Ansicht vertritt Bull MA 56, S. 29 r.H.
- (183) vgl. die Nachweise in Anm. 174, ferner RGZ 132, 398, 399; LG Altona JW 30, 3492 m. Anm. Neugebauer; LG Dessau JW 32, 3020; LG Detmold NJW 52, 1057; HansOLG a.a.O.; Brabant a.a.O., S. 3201 l.H.; Ganschezian. Fink, a.a.O., S. 286 l.H.; Hammes a.a.O., S. 72 r.H.; RGRK 10 Aufl. Anm. 4 zu § 905 BGB, Schlußabs.
- (184) vgl. oben S. 37 ff. Das BerlStrG und die bremische Straßenordnung weichen davon weitgehend ab, da sie die besonderen Verhältnisse fast ausschließlich städtischer Straßen berücksichtigt haben - vgl. Böhm DVBl. 59, 615, Anm. 2. Das saarländ. Straßengesetz geht eigene Wege.
- (185) Das BayStrWG hat nur die Worte "verkehrsbehördliche Vorschriften" durch "Verkehrsvorschriften" ersetzt, vgl. Böhm a.a.O., S. 615 r.H.; vgl. ferner § 14 Satz 1 hess. LStrG; § 15 Abs. 1 LStrG NRW. In § 8 Abs. 2 Satz 1 BerlStrG fehlen die Worte "für den Verkehr", während § 1 der bremischen Straßenordnung auf Widmung und Gemeinverträglichkeit abstellt. Anders auch § 2 Abs. 5 des saarl. Gesetzes, das unter dem Einfluß des franz. Verwaltungsrechtdenkens entstanden ist.

- im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften (186) in dem Verkehr (187).

- a) Nach Marschall (188) gehört zum Verkehr in diesem Sinne nur die Benutzung der Straße in der Absicht der Ortsveränderung. Aber schon der Gesetzeswortlaut, der den Vorrang des fließenden vor dem ruhenden Verkehr festlegt (189), deutet auf eine weitere Auffassung vom Inhalt des Gemeingebrauchs hin.

Zu den zulässigen Verkehrsarten muß daher auch das Stehen, Warten auf der Straße, das Anhalten und Parken gerechnet werden, sofern nur die Möglichkeit und Absicht besteht, sich zu gegebener Zeit wieder in Bewegung zu setzen. Auf der Straße nimmt am Verkehr nicht nur derjenige teil, der sie als Fußgänger benutzt oder im Auto über sie dahinfährt, sondern auch der an der Haltestelle auf den Omnibus wartende Fahrgast oder der Omnibus selbst, wenn er hält, um Fahrgäste aus- und einsteigen zu las-

(186) vgl. Art. 14 BayStrWG.

(187) Förg, Münzautomat a.a.O. S. 172 I.H. IV., 3.; Nedden DVBl. 61, 832, 833 I.H., 2.

(188) FStrG Anm. 2 zu § 7, S. 113 f.; kritisch hierzu Callßen Münzautomat 59, 77 r.H. II.; v.Eisenhart/Rothe, Münzautomat 60, 1, 3 oben; Förg a.a.O., S. 172 r.H., V.; v.Rosen a.a.O., S. 151 I.H./r.H., 1. a); vgl. ferner BVerwGE 4, 342, 343; Forsthoff S. 342, Groebe, BayVBl. 59, 48, 50; Knorr, BayVBl. 58, 300, 302; Nedden NJW 56, 81, 82 r.H.; Zippelius DöV 58, 838, 848 I.H./r.H.

(189) vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 FStrG; Art. 14 Abs. 2 BayStrWG. Darin liegt zugleich eine Verkehrsregelung, die nach § 45 Abs. 2 StVO in dieser Rechtsverordnung bundesrechtlich abschließend geregelt ist. Gegen die landesrechtliche Bestimmung bestehen daher verfassungsrechtliche Bedenken; vgl. unten S. 90 u. Anm. 215.

sen (190). Marschall hat denn auch inzwischen seine ursprünglich engere Ansicht aufgegeben (191).

Schon frühere wegerechtliche Vorschriften in verschiedenen deutschen Ländern bestimmten den Gemeingebrauch im Sinne des Verkehrs, wenn sie auch anstelle des Verkehrsbegriffs meist eine Aufzählung der verschiedenen Verkehrsmöglichkeiten brachten (192). Auch die ständige Rechtsprechung des Preussischen Oberverwaltungsgerichts (193) und die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts (194) verstanden unter Gemeingebrauch nur den Verkehr (195). Gegen die Brauchbarkeit dieses Begriffes sind von verschiedenen Seiten Bedenken angemeldet worden.

(190) Böhm a.a.O. S. 616 l.H.; vgl. auch §§ 15,16,36,37 STVO.

(191) Personenverkehr 1960, 148 r.H. Auf die Auswirkungen einer zu engen Auslegung des Verkehrsbegriffs weist Schack DVBl. 61, 897, 900 hin.

(192) In Preußen schon § 7, II, 15 ALR, ferner § 3 d. Wegeordnung f. d. Provinz Sachsen v. 11.7.1891 (GS 316), die jeweiligen §§ 4 der Wegeordnungen für Westpreußen v. 27.9.1905 (GS S. 337), für Posen v. 15.7.1907 (GS S. 243) und Ostpreußen v. 10.7.1911 (GS S. 99); ferner § 5 des thür. Wegegesetzes v. 4.7.1929 (GS 127), vgl. hierzu RGZ 150, 216 ff.; §§ 28 ff. BadStrG; Art. 45 der oldenb. Wegeordnung, vgl. hierzu OVG Lüneburg DVBl. 60, 108/109; § 16 Hann. Wegegesetz.

(193) PrOVG 10, 198, 200; 18, 415; 28, 197, 200; 36, 237, 240; 50, 285 (i.d.Fußnote); 74, 360, 363 und PrKomp-Konf1H in PrVB1. 19, 358, 359.

(194) RGZ 42, 205, 208; 88, 14, 16; vgl. hierzu auch Petersen, S. 66f., I. b) m. weit. Nachw. Im Schrifttum vertreten diese Ansicht v. Almsick S. 81 und 101 - hiergegen Petersen, S. 69 f. d); ferner Todt ZAKfDR, 37, 622, 623 r.H. für den Durchgangsverkehr und die für den Verkehr von Ort zu Ort bestimmten Straßen.

(195) WüBadVGH in VerwRspr. 7, 475, 477, 3.

- b) Petersen (196) weist auf den Fernmeldeverkehr und die Inanspruchnahme des Luftraums durch Antennen hin; List (197) und Todt (198) unterstreichen die unterschiedliche Bedeutung des Verkehrs je nach der Aufgabe der Straße, ob sie also dem Ortsverkehr oder dem Durchgangsverkehr zu dienen hat.

Allein der Gebrauch zu Fernmeldezwecken wickelt sich außerhalb des eigentlichen Verkehrsgetriebes, nämlich im Luftraum und damit außerhalb des gewidmeten, dem öffentlichen Verkehrszweck dienenden Straßenbereichs ab (198a). Die Verkehrsbedeutung einer Straße, je nachdem, ob sie dem Durchgangs- oder Ortsverkehr dient, ob es sich um eine belebte Geschäftsstraße in der Großstadt oder um eine stille Dorfstraße handelt (198b), bildet kein brauchbares Unterscheidungsmerkmal. Man muß hier nämlich zwischen der gleichlautenden gesetzlichen Umschreibung der öffentlichen Zweckbindung und der verschiedenartigen tatsächlichen Inanspruchnahme der Straße durch die Benutzer unterscheiden (198c).

-
- (196) S. 68 f. I., c).
- (197) JW 38, 555, 556 I.H., IV.
- (198) a.a.O. S. 622 a.E. und 623 I.H./r.H., II.
- (198a) vgl. oben S. 82 f. u. Anm. 181
- (198b) Im Gegensatz zu der in der amtlichen Begründung zum BayStrWG vertretenen Ansicht erwartet niemand, überall in Deutschland und ohne Rücksicht auf die Verkehrsbedeutung der Straße den gleichen tatsächlichen Umfang des Gemeingebrauchs vorzufinden, so aber Förg Münzautomat 59, 154, 172 r.H., V.; insbes. auch Callsen a.a.O., S. 78 r.H., III.; v.Rosen a.a.O., S. 152 r.H., VI.; Zippelius a.a.O.
- (198c) so zwar in anderem Zusammenhang, aber auch hier zutreffend Zippelius a.a.O., S. 847 I.H.

- c) Der Gemeingebrauch findet einmal nur im Rahmen der Widmung statt.

Durch die Widmung wird die Straßen- oder Wegefläche generell für den Gemeingebrauch eröffnet. Jedermann (199) kann sie von nun an ohne besondere Zulassung im Rahmen der Zweckbestimmung benutzen (200).

Die Widmung trifft für die Zukunft auch insoweit eine generelle Regelung, als sie die an der Straße zulässigen Nutzungen ein für allemal festlegt (201). Die Gebrauchsmöglichkeiten sind mit dauernder Wirkung festgelegt. Unzulässig wäre es daher, sie von Fall zu Fall bestimmen zu wollen (202). Wegerechtlich gesehen darf die durch Widmung erlaubte Gebrauchsart nicht durch Verwaltungsakt, sondern muß in einer Rechtsnorm festgelegt sein (202a).

Soll daher der Gebrauchszweck einer Straße geändert werden, dann bedarf es einer Änderung (Modifizierung) der Widmung durch die zuständigen Stellen.

Das geschieht beispielsweise, wenn eine Straße durch den Bau einer anderen ihre bisherige Bedeutung ver-

-
- (199) Das ist das Publikum, vgl. zum Begriff oben S.42 f.,2).
- (200) vgl. oben S.78 f. u. Anm.162; ferner van Almsick S.10; Huber a.a.O., S.131 l.H.; Lau VerwA 34, 297, 324; Maunz Hauptprobleme S.230, 280 u.ö.; ders. öffentl. Sachen S.16.
- (201) Maunz, Verwaltung, S.A 288.
- (202) vgl. unten Anm. 204.
- (202a) Maunz, öffentl. Sachen S.18 c); Nau S.6 u. Anm.29; mangels gesetzlicher Vorschriften kann das auch Gewohnheitsrecht sein, vgl. BayVGH JW 30, 2004 für das frühere bayer. Wegerecht; wie hier auch Germershausen-Seydel S.75, 1.; Hammes a.a.O. S.73 r.H., I. 9. b); Zippelius a.a.O. S.849 l.H.

loren hat, wie im Falle einer Ortsumgehungsstraße (203). Nicht unter wegerechtlichen Gesichtspunkten ist dagegen das Aufstellen von Schutzgittern durch die Verkehrsbehörde zu beurteilen, wenn sich auch die Maßnahme selbst nicht als Verwaltungsakt darstellt (204).

Im Einzelfall kann sich die Zweckbestimmung der Straße oder des Weges aus der Natur der Sache ergeben (205). Eine Straße mit leichtem Unterbau ist nicht für Schwerlastfahrzeuge geeignet (205a).

Die Straße kann aber auch von vorneherein für einen begrenzten Zweck bestimmt werden, z.B. nur für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen (206), als Fahrrad-, Fahr-, Geh- oder Reitweg, ferner als Spielstraße für Kinder (207).

In diesem Falle spricht man üblicherweise von einer "beschränkten Widmung".

Die Beschränkung bezieht sich auf die Art der zulässigen Nutzungen, nicht etwa auf den zugelassenen Personenkreis. Das Publikum darf den Radfahrweg mit

-
- (203) . Auf- oder Abstufung vgl. § 2 Abs.1 u. 5 FStrG; in Bayern früher "Abwürdigung" genannt, vgl. jetzt Art. 7 BayStrWG.
- (204) vgl. OVG Berlin NJW 53, 840.
- (205) so insbes. bei fehlender Bestimmung, vgl. Schätzel S. 18 m. weit. Beispielen.
- (205a) vgl. BGH 1. VerwRspr. 10,798; zu den zivilrechtlichen Folgen verkehrspolizeilicher Eingriffe vgl. BGHZ 8, 273 ff.
- (206) § 1 Abs.3 FStrG, vgl. für das bish. Recht § 2 Abs.1 der vorl. Autobahn-Betriebs- u. Verkehrsordnung v. 14.5.1935 (RGBl. II 421) u. § 2 Reichsautobahnges. v. 29.5.1941 (RGBl. I 313).
- (207) vgl. § 43 StVO.

dem Fahrrad benutzen, auf dem Reitweg reiten usw. (208). Die Rechtslage ist also mit der Einschränkung der Werbemittel bei bestimmten Berufen (209) oder der Zulassung zu bestimmten Berufen vergleichbar. Nicht die Öffentlichkeit, sondern die Benutzungsarten werden eingeschränkt. Es ist Sache des Publikums, die Voraussetzungen für die zulässige Nutzung zu erfüllen, also ein Kraftfahrzeug für die Kraftfahrstraße oder ein Fahrrad für den Radfahrweg zu besitzen und fahren zu können.

- d) Unzulässig sind im Straßenrecht dagegen Erwägungen der Art, die im - zum Vergleich herangezogen - Berufsrecht des Art. 12 GG (210) als objektive Voraussetzungen bezeichnet werden (211). Hierzu gehört im Berufsrecht die Bedürfnisprüfung. Auf den Bereich der Straßenbenutzung übertragen würde sich die Frage dahin stellen, ob durch die zugelassene Benutzung die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs gefährdet wird. Mit der Prüfung dieser Frage hat sich das Straßenrecht jedoch nicht zu befassen (212). Dies ist bundesrechtlich den Verkehrsbehörden vorbehalten und gehört in den Bereich des Straßenverkehrsrechts (212a).

(208) Böhm a.a.O., List in Energierecht S.49 u. Verwaltungsrecht S.161; Wolff 2.Aufl. S.286, 1.; Zippelius S.847 I.H.

(209) vgl. oben S.50, C. II. 1c).

(210) im Berufsrecht vgl. die Rspr. des BVerfG im "Apotheken-", "Hebammen-" u. "Kassenarzturnteil", BVerfGE 7,377,400; 9,338,345 u. 11,30,42, ferner BVerwGE 1, 269,274 und Landm.-Rohmer S.35 f., 4a).

(211) vgl. auch die Bespr. der vorgenannten Urt. des BVerfG durch Menger in VerwA 51,73 f. u. 373 f.

(212) vgl. zur Abgrenzung zwischen Straßen- u. Straßenverkehrsrecht Evers NJW 62,1033 r.H. u. Schmidt/Tophoff DVBl. 62,461,464 f.

(212a) a.M. anscheinend OVG Lüneburg BB 60,645, wonach die Baubehörde eine Anlage der Außenwerbung unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung von Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs beanstanden kann.

- 5) Von den durch die Widmung der Verkehrsausübung gezogenen Schranken ist die Aufgabe der Straßenverkehrsbehörde (213), deren Vollzugsorgan die Verkehrspolizei ist (214), scharf zu unterscheiden (215). "Unter verkehrsbehördlichen Vorschriften in § 7 FStrG sind solche zu verstehen, die von der Verkehrsbehörde in den Grenzen der rechtlichen Zulässigkeit erlassen werden sind; jede rechtlich unzulässige Vorschrift würde daher den Gemeingebrauch an den Bundesfernstraßen in nicht erlaubter Weise einengen ..." (216). Die Ermächtigung zum Tätigwerden ergibt sich aus § 6 Abs. 1 Ziff. 3 StVG. Die auf Grund dieser Ermächtigung erlassene Straßenverkehrsordnung (StVO) (217) will in erster Linie die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs (218) wahren, indem sie bestimmte Nutzungen generell erlaubt, verbietet

(213) Die Aufgabe der Straßenverkehrsbehörde, der Verkehrspolizei früheren Rechts, hat sich in den Ländern im Laufe der Zeit infolge des steigenden Straßenverkehrs entwickelt, vgl. hierzu im einzelnen Nedden DöV, 59, 844, 846 l.H.

(214) Polizei im formellen Sinne.

(215) vgl. BVerwGE 4, 342, 344 unten/345 oben; BGH in VerwRspr. 10, 796, 798 und in VRS 14, 3. Ungenau anscheinend auch OVG Lüneburg DVBl. 60, 108, 109 l.H., wenn es neben- einander Gesetz u. Polizeivorschriften erwähnt, durch die der Gemeingebrauch eingeengt werden könne; zur Abgrenzungsfrage vgl. ferner Maunz, Hauptprobleme, S. 271 u. Zippelius a.a.O., S. 847 r.H.

(216) Hess. VGH in ESVG 6, 146, 148.

(217) vgl. oben S. 40

(218) so die §§ 3 Abs. 2; 3a Abs. 5; 4 Abs. 1; 4a, 8, 9, 17, 33, 36, 37, 41, 43 u. 44. A.M. anscheinend Evers a.a.O. zu § 3 Abs. 2; vgl. Schmidt/Tophoff a.a.O., S. 461 f.

oder von einer besonderen Erlaubnis abhängig macht. Eine Reihe von Bestimmungen lassen erkennen, wonach Ansicht des Verordnungsgebers die Grenzen des Gemeingebrauchs verlaufen (219). Der nach §§ 5 und 42 StVO erlaubnispflichtige Straßengebrauch ist eindeutig bereits Sondernutzung (220). Diese Feststellungen ergeben sich aber sozusagen beiläufig, da sich die Straßenverkehrsordnung nicht, wie die Widmung, damit beschäftigt, die Gebrauchsarten festzulegen, sondern die bereits vorhandenen aufeinander abzustimmen. Die echten verkehrspolizeilichen Maßnahmen lassen die Widmung unberührt (221). Durch derartige Anordnungen darf also niemals der Gemeingebrauch völlig unterbunden werden (222), dazu wäre die Entwidmung des Weges erforderlich (223). Das hierfür vorgeschriebene Verfahren (224) darf nicht umgangen werden (225). Auch insoweit darf die Polizei nur eine vorläufige Regelung treffen (226). Insbesondere

-
- (219) vgl. §§ 15, 16 Abs. 2 Satz 3; 18, 37 Abs. 3; 39, 40 Abs. 3; 42, 43 u. 44. Zu § 42 StVO vgl. oben S. 57 f. u. Anm. 89 u. 94.
- (220) für § 5 StVO vgl. Böhm a.a.O., S. 616 r.H., Nebinger S. 109, 2. a), bb) u. Zeitler, DVBl. 60, 90 r.H.
- (221) BVerwGE 4, 342, 343.
- (222) vgl. KGJ 38, C 34, 36.
- (223) vgl. oben S. 88 u. Anm. 203 ff.
- (224) Im Geltungsbereich des preußischen Rechts gem. § 66 des Zuständigkeitsgesetzes v. 1883, vgl. hierzu Bochallı Verwaltungsrecht I, S. 90; jetzt § 2 Abs. 5-7 FStrG u. Art. 8 BayStrWG.
- (225) vgl. den vom Hess. VGH in ESVG 1, 101 entschiedenen Fall u. die Ausführungen a.a.O., S. 105;
- (226) Durch polizeiliche Mittel kann insbesondere auf die Dauer nicht der durch das Mißverhältnis zwischen Straßen- u. Verkehrskapazität in eine Krise geratene Gemeingebrauch aufrecht erhalten werden, so schon Erdsiek DJZ 35, 147, 152 V.a.E. u. Huber a.a.O., S. 133 l.H., 5.

der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit (226a), die gegenseitige Rücksichtnahme im Verkehr **vermag** den Gemeingebrauch - im Falle der Verletzung - nicht zur Sondernutzung zu machen. Soweit andere nicht nur vorübergehend in der Ausübung des Gebrauchs gehindert werden, hat kürzlich Nedden unter Berufung auf das Bundesverwaltungsgericht eine andere Ansicht vertreten (227). Dem Ergebnis ist zuzustimmen. Es beruht aber nicht auf dem Grundsatz der Gemeinverträglichkeit, sondern, jedenfalls in einigen deutschen Ländern, auf ausdrücklicher wegerechtlicher Vorschrift (228). Den gleichen Schluß läßt Art. 14 Abs. 3, Satz 1 BayStrWG zu. Soweit aber andere nicht dauernd von der Benutzung der Straße ausgeschlossen werden, bleibt auch eine gegen die Vorschriften der Straßenverkehrsordnung verstoßende Benutzung Gemeingebrauch, so, wenn die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten (§ 9 StVO) oder andere Verkehrsteilnehmer durch grundloses Hupen (§ 12 Abs. 1, Satz 2 StVO) erschreckt werden.

Auch die Behörden dürfen, solange die Widmung zum Gemeingebrauch nicht aufgehoben oder beschränkt wird, nur im Einzelfall und nur zur Abwendung einer konkreten Gefahr Verbote aussprechen.

Im Bereich des Straßenverkehrsrechts können die zuständigen Stellen auf Grund des § 4 StVO zwar die

(226a) Zur Tauglichkeit des Begriffs der Gemeinverträglichkeit kritisch Evers NJW 62, 1033 r.H.

(227) DVBl. 60, 832, 833 r.H. u. Anm. 9

(228) vgl. § 7 Abs. 2 des thür. Wegegesetzes (hierzu RGZ 150, 216, 223); § 30 BadStrG (hierzu WüBadVGH in VerwRspr. 7, 470, 472 f.) u. in Württemberg (vgl. WürttVGH in RVBl. 34, 659); jetzt § 1 Abs. 2 lit. c) der bremischen Straßenordnung.

Benutzung von Straßen beschränken oder verbieten. Dagegen ist ein generelles Verbot von Anlagen der Außenwerbung, das von diesen Behörden unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs ergangen war, als unzulässig angesehen worden (229).

Liegt eine Gefahr für die Allgemeinheit vor, so hat die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, welche Maßnahme sie zur Abwehr am besten geeignet hält. Dabei muß sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels beachten. Eine Straßensperre muß zur Abwehr erforderlich sein, sonst ist ein weniger einschneidendes Mittel zu wählen (230).

- 6) Die Unterscheidung zwischen genereller Festlegung der zulässigen Straßennutzungen in der Widmung und dem polizeilichen Eingriff im Einzelfall ist auch ein geeigneter Gesichtspunkt für die Abgrenzung zwischen Straßen- und Straßenverkehrsrecht (231). So gestatten die straßenrechtlichen Bestimmungen (232) zwar den Gemeinden, die Sondernutzung an Ortsdurchfahrten abweichend vom Gesetz durch Satzung zu regeln. Was den Gemeinden jedoch nicht gestattet ist, liegt im Bereich des Straßenverkehrsrechts (233). Wie das bereits zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 14. 7. 1959 (234) ausführt, enthält § 45 Abs. 2 StVO den Hinweis auf eine, vom Verwaltungsgeber gewollte, abschließende bundesrecht-

(229) BVerwG in DVBl. 61, 247 r.H./248 l.H.

(230) vgl. die Nachweise bei Schneider WRP 60, 100 l.H., 4.

(231) vgl. oben S. 60 f. D. I. 3).

(232) § 8 Abs. 7 FStrG, Art. 50 BayStrWG, § 19 Abs. 4 hess.StrG.

(233) ebenso Evers a.a.O. m. weit Nachw. in Anm. 7 u. Schneider a.a.O. m. weit Nachw.

(234) vgl. oben, Anm. 107 u. Schmidt/Tophoff a.a.O., S. 462 bb).

liche Regelung des Straßenverkehrsrechts. Daraus ergeben sich verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Gültigkeit der Art. 14, Abs.2 und 15 BayStrWG. In anderen Ländern wurden deshalb während der Beratung der entsprechenden Vorlagen ähnliche Bestimmungen gestrichen (235).

Die Straßenverkehrsbehörden und ihre Vollzugsorgane dürfen also den Gemeingebrauch nicht völlig unterbinden und damit im Ergebnis aufheben (236). Darin läge nicht nur eine Überschreitung der sachlichen Zuständigkeit, sondern auch ein Abweichen von dem Grundsatz, daß die Polizei zur Abwendung von Gefahren nur vorläufige Maßnahmen treffen darf.

- II. Bis zum Erlaß des Bundesfernstraßengesetzes und der nachfolgenden, auf einem gemeinsamen Musterentwurf beruhenden (237) Straßen- und Wegegesetze der Länder bestand der Gemeingebrauch an Wegen nach allgemeiner

(235) vgl. § 14 hess.StrG.

(236) so Hess.VGH in ESVGH 1, 101, 105; vgl. auch Erdsiek DJZ 1935, 147, 148.

(237) vgl. v.Eisenhart/Rothe, BB 59, 1192 = Münzautomat 60, 3 I.H., II. 2 u. Anm. 26; Nedden DVBl. 60, 832 r.H. I; v.Rosen, Münzautomat 59, 150 I.H.

Ansicht (238) in dem einem jeden (239) kraft öffentlichen Rechts (240) offenstehenden, freien (241) Gebrauch der Straße für den Verkehr, innerhalb der besonderen Bestimmung der einzelnen Wege und innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen. Er findet seine natürliche Schranke an dem gleichen Recht aller übrigen Benutzer (242). Der Umfang des Gemeinde-

(238) Erstmalig angedeutet in RGZ 118,91,93 u. RGJW 28,502, 503 r.H.; dann klar in RGZ 123,181 ff.; 187,190; 125, 108 ff.; 32,398,404; ebenso der BGH in BGHZ 19,85,90; 22,395,396 ff.; 23,157,165; BGH i. VerwRspr. 9,667, 669f. 10,836,837. Ferner BayVGH in JW 30,2004,2005; Pr.OVG schon in E 74,360,363 u. 100,173 (Leitsatz, vgl. Kurzausgabe Bd.X, 1 S.456); HessVGH i. BBauBl. 53, 103,104 l.H. WüBadVGH i. VerwRspr. 7,475,478 unter Berufung auf Hammes DV 50,73 r.H. I.9b; vgl. ferner die auf S. 81 in Anm.174 angeführten Entsch. sowie LG Berlin NJW 54,437 r.H.; LG Hannover BB 53,548 u. OLG Bremen BB 55,548.

Im Schrifttum u.a. Bohlen JW 36,1601; Bochall i. Verw. R.I S.92,III; Fonk in Anm. zu LG Heilbronn DöV 58, 230,231 l.H.; Forsthoff S. 339 u. 340 folgen Staud.-Seufert, Anm. 10a zu § 905, S.406; Germershausen-Seydel S.74,1.; ebenso Giese S. 68, 1.; Huber a.a.O. S.129 l.H., 1. u. S.230 l.H.,3.; ihm folgt Nedden DVBl. 60,832,833 r.H.; ferner Jellinek S.509, a); ihm folgen Giese-Neuwiehm-Cahn S.89,I. u. v. Eisenhart/Rothe, Münzautomat a.a.O.; schließlich Maunz, öffentl. Sachen S.16 u. Nebinger S.103.

- (239) Der zugelassene Personenkreis ist nicht näher individualisierbar - BGHZ 22,395,397. Das ist eine Folge der generellen Zulassung; wie hier ProVG 10,192,194 u. 28,197,200; RG Gruch.24,508,509; Schätzel S.16.
- (240) jetzt unstreitig, vgl. RGZ 123,181,185; Staudinger-Seufert, Anm. 10b zu § 905 BGB, S.407; Germershausen-Seydel a.a.O. u. Huber a.a.O., S.129 r.H.
- (241) Darunter ist nur die Zulassungsfreiheit, nicht die Unentgeltlichkeit des Gebrauchs zu verstehen, vgl. Maunz a.a.O.; Nau S.8; Staud.-Coing, Vorbem.27 zu § 90 BGB, S.472; anders die h. M.; vgl. die Nachw. in Anm. 164.
- (242) sog. "Gemeinverträglichkeit", vgl. hierzu oben S. 92, Anm. 226a.

brauchs steht nicht ein für allemal fest, sondern ist nach Ort und Zeit verschieden (243), richtet sich also nach der Entwicklung des Verkehrs und seinen Bedürfnissen und hängt damit vom technischen Fortschritt ab, der ständig neue Benutzungsarten hervorbringt (244). Darüber hinaus können landsmannschaftliche Verschiedenheiten dazu führen, daß in einem Lande noch zum Gemeingebrauch zählt, was in einem anderen bereits zur Sondernutzung gehört (245).

- 1) Nach dieser Begriffsbestimmung des Gemeingebrauchs dient die Straße also ursprünglich und in erster Linie dem Verkehr (246), sei es, um auf der Straße zu verweilen oder sich darauf fortzubewegen (247). Daneben kommen auch die Verkehrsbedürfnisse in Betracht, die nicht in einem Fortbewegen oder Verweilen, sondern aus anderen Nutzungsarten bestehen können. Es gibt demnach einen Verkehrsbegriff im engeren Sinne, der nur die Fortbewegung auf der Straße und das damit verbundene Verweilen einschließt (248),

(243) vgl. RGZ 123,187,190 u. BayVGH JW 30,2004,2005.

(244) so besonders BGHZ 23,157,166 für die Bautechnik; vgl. auch WüBadVGH in VerwRspr. 7,475,477 f.

(245) Das wird häufig übersehen. Zum Anschauungswandel hinsichtlich von Lichtreklamen im Luftraum über der Straße vgl. Thoma DRiZ 30,60,61 r.H. unter Berufung auf S.OVG in Urt. v. 26.9.1923 - 92 I 1923 - u. S.OVG Jb 40,336,338.

(246) st. Rspr. des Pr.OVG, vgl. E 10,198,200; 28,197,200; 36,237,240; 50,285 (Fußnote).

(247) Pr.OVG 10,198,200; 36,237,240; RGZ 123,181,183 u. 184 oben; 123,187,190; BGH i. VerwRspr. 9,667,669, 2.; Hammes a.a.O. S.73, r.H.; Merkel JW 29,2342 r.H. u. JW 30,262 l.H.

(248) zur Mehrdeutigkeit des Verkehrsbegriffs vgl. List JW 38,555,556 l.H. u. Petersen S.68 f., c).

während Verkehr im weiteren Sinne die Verkehrsbedürfnisse miteinbezieht.

- a) Das Reichsgericht hat die engere Auffassung des Verkehrsbegriffs erstmals in den beiden Entscheidungen v. 16. Feb. 1929 (249) zugunsten eines erweiterten Verkehrsbegriffs aufgegeben. Dabei und in den folgenden Entscheidungen (250) blieben die landesrechtlichen Unterschiede bis zur umstrittenen Entscheidung im Falle des thüringschen Wegegesetzes vom 4. 7. 1929 (251) außer Betracht (252).

"Die Rechtsprechung erkannte nunmehr an, daß die Straße nicht nur als Zugang und Durchgang zu einem bestimmten Ziel, sondern darüber hinaus Zwecken zu dienen habe, die sich unmittelbar aus der Verkehrsausübung selbst oder auch nur mittelbar aus dem Zusammenhang mit der Benutzung der Straße als Verkehrsweg ergeben." (253).

- b) Zwei Gründe sprachen dafür, den Gemeingebrauch auf Nutzungen auszuweiten, die sich "auch nur mittelbar im Zusammenhang mit der Benutzung der Straße" ergeben können:

Der erste war methodischer Art.

Da das Reichsgericht nur den Gemeingebrauch, nicht aber auch die darüber hinausgehenden Nutzungsarten aus der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße ab-

(249) RGZ 123, 181 u. 187.

(250) In RGJW 30,1961 wendet das RG § 7,II,15 ALR auf das Stadtgebiet Frankfurt (Main) an, obwohl, wie das RG a.a.O. selbst sagt, diese Vorschriften des ALR dort nie gegolten haben.

(251) Thür.GS S. 129

(252) RGZ 150,216. Hierzu kritisch Bohlen JW 36,1601.

(253) zitiert nach HessVGH in BBauBl. 53,103,104 1.H.

leitete, konnte es nur auf diesem Wege der Ausweitung des Verkehrsbegriffs u.a. die Nutzung der Straße für gewerbliche Zwecke als zulassungs- und gebührenfrei anerkennen (254).

Der zweite Grund ergab sich aus dem verfolgten rechtspolitischen Zweck.

Ende der zwanziger Jahre und zu Beginn der Wirtschaftskrise bestand ein gesteigertes Bedürfnis der Allgemeinheit, sich mit Pfennigartikeln (255) und anderen Gegenständen des täglichen Bedarfs einzudecken (256). Zur gleichen Zeit gingen jedoch die ebenfalls in Geldverlegenheit befindlichen Gemeinden dazu über, für die Inanspruchnahme der Straße durch den Straßenhandel Gebühren zu erheben (257).

Indem es die unter den Gemeingebrauch fallenden Nutzungsmöglichkeiten vermehrte, konnte das Reichsgericht die Gemeinden auf ihre Duldungspflicht gemäß der Zustimmung zur Widmung (258) verweisen. Der von der Rechtsprechung eingeschlagene Weg hat denn auch je nach den zu Wort kommenden Interessen lebhaft Zustimmung oder Widerspruch gefunden (259).

(254) hierzu kritisch v. Turegg NJW 51,591, III.

(255) Erdsiek a.a.O., S.151 oben; Nedden a.a.O. S.83 r.H., 4.

(256) so auch wieder nach dem zweiten Weltkrieg, vgl. den vom LG Passau NJW 52,470 entschiedenen Sachverhalt.

(257) vgl. die in den Entsch. des RG entschiedenen Sachverhalte, z.B. RGZ 123,181 u. 187; RGJW 30,1961; RGZ 132, 398.

(258) vgl. oben S. 77 u. Anm. 158

(259) zustimmend Grote in Fußnote JW 29,3383 u. Neukamp JW 29,1976 f. (= Anm. zu RGZ 123,181), ferner Thoma a.a.O. unter Hinweis auf weitere Nachweise in Heft 13 des Bay-VBl. 1929; vgl. auch die Nachweise bei Erdsiek a.a.O. Sp. 149 III. und in Anm. 6. Ablehnend Gordan PrVBl. 46, 61 ff.

- c) Das Gericht hat den Weg der Gesetzesauslegung verlassen und an die Stelle des - anerkanntermaßen als zu eng empfundenen (260) - § 7, II, 15 ALR den erweiterten Verkehrsbegriff gesetzt. Der Bundesgerichtshof ist in einer Entscheidung vom 24. 4. 1958 (261) in gleicher Weise verfahren. Obwohl es sich um die Ortsdurchfahrt einer Bundesstraße durch Stuttgart handelte, setzt sich das Urteil mit dem Wortlaut des § 7 FStrG nicht auseinander.

Beachtenswert ist jedoch ein Hinweis von Erdsiek (262). Nach seiner Ansicht handelt es sich in § 7, II 15 ALR nicht um eine abschließende Regelung des Gemeingebrauchs, weil er die mit dem Anbau von Häusern verbundenen Straßennutzungen nicht mitumfasse.

Diese sind in §§ 78-82, I 8 ALR geregelt und stehen dort unter der Überschrift "Von den Einschränkungen des Eigentums beim Bauen". Die Blickrichtung des Gesetzes geht offenbar in umgekehrter Richtung. Nicht die Straßennutzungen der Anlieger, sondern die Beschränkungen des hiervon betroffenen Eigentums stehen in Rede. Im Ergebnis hilft also Erdsiek nicht weiter.

- d) Schätzel und einige andere Autoren (263) wollen in dem erweiterten Verkehrsbegriff, der nach der Rechtsprechung den Inhalt des Gemeingebrauchs bildet, ein

-
- (260) RGZ 123,181,184; zustimmend v.Rosen DVBl.53,132,134 l.H.; Erdsiek a.a.O. u. Schätzel S.23, der sich außerdem auf Otto Mayer beruft.
- (261) VerwRspr.10,836 unter Berufung auf einen dem Gesetz unbekannten gesteigerten Gemeingebrauch der Anlieger, ebenso - unter Berufung auf Brabant u. Hammes - BGHZ 23, 157,164, insbes. S.166.
- (262) a.a.O. Sp.149; ähnlich auch Callsen Münzautomat 59,77, 80 l.H., V.
- (263) Schätzel S.13,14,98 u.8.; ferner v.Eisenhart/Rothe Münzautomat 60,4, IV.3a); Hammes a.a.O., S.73 r.H., I. 9b), auf den sich Callsen a.a.O., S.78 r.H.,III. beruft; v.Rosen Münzautomat 59,150 r.H.; Schneider WRP 60,100,101,6) unter Berufung auf ein nicht veröffentl.Urt.des LVG Minden.

verwaltungsrechtliches Gewohnheitsrecht sehen.

Weder das Reichsgericht noch etwa der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 15. 5. 1957 (264) sprechen jedoch der örtlichen Anschauung und Übung als solcher den Rechtssatzcharakter zu. Vielmehr heißt es in der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs lediglich, soweit sich für das ganze deutsche Rechtsgebiet eine feste Rechtsanschauung gebildet habe, komme daneben die örtliche Anschauung und Übung nicht mehr in Betracht. Mithin wird den örtlichen Gewohnheiten allenfalls ein Beweiswert für das Vorhandensein eines Gewohnheitsrechts beigemessen. Ob es ein derartiges Gewohnheitsrecht gibt, bleibt offen.

- e) Der von der Rechtsprechung geforderte, wenn auch nur mittelbare Zusammenhang der Straßennutzung mit den Verkehrszwecken bildete in der Vergangenheit vor Erlass der neuen Straßen- u. Wegegesetze eine wichtige Schranke gegen die uferlose Ausweitung des Gemeingebrauchs. Nicht jede neu auftauchende, sich infolge technischer und wirtschaftlicher Entwicklung ergebende Benutzungsart ist damit auch schon gemeingebrauchlich (265). Nach der Rechtsprechung ist es vielmehr erforderlich, daß einem berechtigten Bedürfnis, soweit es nach allgemeiner Anschauung als Gemeingebrauch anerkannt ist, überhaupt nicht anders als durch Inanspruchnahme des Straßenraums entsprochen werden kann. (266).

(264) VerwRspr. 9,667,669.

(265) so WüBadVGH VerwRspr. 7,475,477, 3. Nicht ohne weiteres ist Gemeingebrauch das Fahren über einen Feldweg zum Wochenendhaus nach Art.33 FeldwG - vgl. VGH Mannheim DVBl. 62,607 Nr.234

(266) HessVGH BBauBl. 53,104 1.H.

Dazu hat man den Straßenhandel (267) mit Zeitungen (268), die Werbung der Anlieger für ihre eigenen Zwecke (269) gerechnet, nicht jedoch die sogenannte "Fremdwerbung" (270). Dabei soll es unerheblich sein, ob der Eigentümer des Anliegergrundstücks oder ein Dritter, wie Mieter oder Pächter, dazu den Luftraum über der Straße benutzen (271). Die Werbung von einem Grundstück aus dürfe aber durch ihre Helligkeit oder Größe die der übrigen Anlieger nicht überblenden oder verdecken (272).

Nicht zum Gemeingebrauch gehörend hat man das Aufstellen von Verkaufsständen mit oder ohne festen Unterbau im Straßenraum (273), mithin auch nicht von Leuchtsäulen mit oder ohne festen Sockel (274), angesehen. Auch das Aufstellen von Fahrradverkaufsständen auf der Straße und Fahrten mit Werbeplakaten durch die Straßen einer Großstadt (275) sind nicht mehr gemeinbräuchlich.

-
- (267) vgl. hierzu im einzelnen Brabant, Erdsiek u. Hammes a.a.O.
 - (268) RGZ 125,109 u. BGHZ 19,85.
 - (269) BGHZ 23,157,165 (Außenwerbung einer Gastwirtschaft); wie hier Ganschezan-Fink a.a.O., S.287 r.H.; a.M. Scheuner RVBl.37,729,733 l.H.
 - (270) BGHZ 22,395,399; hiergegen mit Recht Bettermann MDR 57, 353,3. Wolff, 2.Aufl. S.289 meint, die Fremdwerbung lasse sich durch Ortssatzung oder Observanz gemeinbräuchlich machen. A.M. Bochallı DVBl. 59,614 r.H.
 - (271) RGZ 123,181; RGJW 30,1961,1962 r.H.; OLG Köln JW 30,1980; OLG Breslau JW 34,3008; LG Detmold NJW 52,1057; LG Hannover BB 53,548; OLG Bremen BB 55,548; Hammes a.a.O. S.103 l.H./r.H.; Schätzel S.36, V.
 - (272) OLG Breslau a.a.O. u. Hammes a.a.O. Sachlich dürfte dies nicht unter dem Gesichtspunkt der Gemeinverträglichkeit, wie a.a.O. geschehen, sondern im Baurecht abzuhandeln sein.
 - (273) vgl. BGHZ 19,85 u. WüBadVGH i. VerwRspr. 6,569.
 - (274) a.M. Kretzschmar-v.Eisenhart/Rothe S.27 f.; v.Rosen DVBl. 53,132,133.
 - (275) a.M. LG Hannover NJW 61,1070 Nr. 11; wie hier WüBad-VGH in VerwRspr. 7,475,477.

- f) Das Merkmal des "dem Verkehr - mittelbar oder unmittelbar - Dienens" (276) trifft jedoch für die meisten oben angeführten Nutzungsarten nicht zu.

Wie schon Hammes nachgewiesen hat (277), dienen unmittelbar dem Verkehr nur solche Tätigkeiten, insbesondere Dienste, die auf die eine oder die andere Weise für einen flüssigen Ablauf des Verkehrs sorgen. Dazu gehören neben den Transportmitteln aller Art und den Tankstellen (278) seiner Ansicht nach auch das Parkbewachungsgewerbe (279). Die übrigen gewerblichen Straßennutzungen dienen dem Verkehrsgeschehen nicht, weder mittelbar noch unmittelbar. Sie bedienen sich vielmehr umgekehrt des vorüberziehenden Verkehrsgetriebes zu ihrem privaten, gewerblichen Vorteil.

Dem ist zuzustimmen. Unverständlicherweise rechnet Hammes trotzdem den Straßenhandel zum Gemeingebrauch (280). Auch das Parkbewachungsgewerbe, wie häufig das Parken selbst, wird, insbesondere in den inneren Bezirken der Großstädte, nicht mehr als zum Gemeingebrauch gehörend angesehen (281).

-
- (276) im Schrifttum Landmann-Rohmer, Anm. 3 zu § 42a GewO, S. 542 unter Hinweis auf Beer BayBü 52, 103 u. Erdsiek a.a.O. Sp. 148 II u. 150 b); ferner Förg Münzautomat 59, 172 r.H.; Groebe DVBl. 59, 49, 50 r.H.; v. Rosen a.a.O., S. 134 l.H.
- (277) a.a.O., S. 104 r.H.; auf ihn beruft sich WüBadVGh a.a.O. S. 479; zustimmend Nedden NJW 56, 81, 83 l.H.
- (278) die Beispiele in RGZ 123, 187 u. BayVGh JW 30, 2004 sind durch die Entwicklung überholt.
- (279) in BVerwGE 4, 342, 345 (Hamburger Parkuhrenurteil) wird es als "unselbständige Hilfsfunktion des Verkehrs" bezeichnet.
- (280) a.a.O. S. 104 l.H.; vgl. auch Erdsiek a.a.O. Sp. 150 IV. a); a.M. Nedden a.a.O. in Anm. 19.
- (281) hier ist jedoch nicht Straßen-, sondern Straßenverkehrsrecht einschlägig (§ 16 StVO), was - infolge unrichtiger Abgrenzung der beiden Rechtsbereiche - oft übersehen wird, vgl. OVG Bremen, oben S. 63, Anm. 106 u. die Nachw. in Anm. 212, S. 89.

Andererseits ist der Zweck, für den die Straße in Anspruch genommen wird, kein Maßstab. Denn grundsätzlich ist jedermann, also das Publikum (282), zum Gemeingebrauch zugelassen. Der Gemeingebrauch ist nicht Selbstzweck, sondern der Verkehr ein Mittel zum Zweck, den die Straßenbenutzer anstreben (283).

- g) Schließlich ist noch auf den Gesichtspunkt der "Verkehrsüblichkeit" (284) einzugehen. Soweit damit auf das Straßenverkehrsrecht verwiesen werden soll, können unter dem Gesichtswinkel der sauberen Abgrenzung von Straßen- und Straßenverkehrsrecht keine Bedenken erhoben werden. Wie bereits ausgeführt worden ist (285), sind die nach der Straßenverkehrsordnung erlaubnispflichtigen oder gar verbotenen Straßennutzungen nicht mehr zum Gemeingebrauch zu rechnen.

Bei der Besprechung des Merkmals der Verkehrsüblichkeit glaubt Schätzkel (286), als Beleg auch § 2 Abs. 5 saarl. StrWG anführen zu können. Die Vorschrift lautet:

" Gemeingebrauch ist das jedermann zustehende Recht (287), die Verkehrsart auszuüben, die nach dem Verkehrszweck zugelassen oder gemeinüblich ist. "

Die Ausdrücke "Verkehrsart" und "Verkehrszweck" sind

(282) vgl. oben S. 42 f., 2) u. Anm. 41.

(283) Böhm a.a.O., S. 616 l.H.

(284) vgl. oben S. 95.

(285) vgl. oben S. 91 m. Nachw. in Anm. 219 u. 220.

(286) a.a.O., S. 19.

(287) gemeint ist wohl "Befugnis".

dem deutschen Wegerecht fremd. Bekanntlich ist das Gesetz unter dem Einfluß französischen Verwaltungsrechtsdenkens entstanden. Bei der Auslegung der beiden Begriffe könnte man daran denken, den Gesichtspunkt der beschränkten Widmung (288) heranzuziehen.

Unabhängig davon kennt das deutsche Wegerecht nicht die Zulassung einer Verkehrsart, sondern die Widmung. Nach saarländischem Recht gibt es offenbar keine scharfe Grenze zum Straßenverkehrsrecht, da bei der Widmung auf den straßenverkehrsrechtlichen Begriff der zugelassenen Verkehrsart verwiesen wird. Als Beleg für die Aufnahme des Begriffs der Verkehrsüblichkeit, wie Schätzel es tut, ist die angeführte Gesetzesstelle jedenfalls nicht geeignet.

- 2) Seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts von 1929 sind nicht nur mehr als drei Jahrzehnte vergangen. Inzwischen ist auch der Fahrzeugverkehr in ungeahntem Maße angestiegen, sodaß die Straßen seit Jahren überlastet sind. Hierdurch ist der Gemeingebrauch selbst in eine Krise geraten (289). Solange der Straßenneubau nicht mit dem Anwachsen des Verkehrs Schritt hält, liegt es für den Gesetzgeber nahe, den Gemeingebrauch einzuschränken und wieder zum Verkehrsbegriff ^{ies} zurückzukehren (290).
- a) Bereits im Jahre 1935 hat Erdsiek (291) vorgeschlagen, den Straßenhandel durch Einführung einer Bedürfnisprüfung unter straßenrechtlichen Gesichtspunkten ein-

(288) vgl. oben S. 88 f.

(289) Huber a.a.O., S.133 l.H.,5; zustimmend Nedden a.a.O. S. 83 r.H. 3.aE u. 4.

(290) Ganschczian-Fink a.a.O., S.287 r.H.

(291) a.a.O. Sp.152 V.aE.

zuschränken. Dieser Weg ist jedoch heute schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht mehr gangbar.

- b) Einschränkungen in den Nutzungsmöglichkeiten brachte die Novelle zur Straßenverkehrszulassungsordnung v. 21. 3. 1956 in den §§ 32, 32a und 34 (291a). Aus der Gesetzesübersicht ist zu entnehmen, daß der Bund und die meisten Länder nach 1949 neue Straßen- u. Wegegesetze erlassen haben (292). Es kann keine Rede davon sein, dabei sei der althergebrachte Begriff des Gemeingebruchs in der Gestalt, die er durch die Rechtsprechung erhalten hatte, unangetastet geblieben (292a).
- 3) Soweit der bisherige Rechtszustand fortbesteht, gelten auch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze weiter. Über ihre Auslegung besteht jedoch keine einhellige Auffassung.
- a) Zunächst muß betont werden, daß die Gerichte in erster Linie über den ihnen zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalt zu entscheiden hatten. Verallgemeinerungen sind deshalb nicht ohne weiteres möglich. Außerdem haben, soweit überhaupt darauf geachtet worden ist (293), landmannschaftliche Besonderheiten mitgesprochen. Dagegen ist den Entscheidungen zu entnehmen, worauf es nach Ansicht der Gerichte bei Beurteilung der Frage ankommt, ob im Einzelfall eine Nutzungsart als Gemeingebruch anzusehen ist oder nicht.

(291a) BGBI. I 127

(292) vgl. oben S. 37 ff., 4.

(292a) so Böhm a.a.O., S. 615 r.H.

(293) vgl. oben S. 96 vor 1) u. Anm. 245 u. S. 97, a) u. Anm. 250.

b) Dabei kommen drei Gesichtspunkte (294) in Betracht:

aa) Die Natur der Sache, also die konkrete Beschaffenheit der Straße und die Verkehrsdichte.

Häufig läßt sich schon hieran eine beschränkte Widmung ablesen (295).

bb) Die Besonderheiten der örtlichen Verhältnisse in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (296),

cc) zeitbedingte Wandlungen in den Anschauungen über Art und Umfang des Gemeingebrauchs.

4) Die Ansichten im Schrifttum darüber, was noch als Gemeingebrauch anzusehen ist und welche Maßstäbe hierbei anzulegen sind, gehen auseinander.

a) Forsthoff, der die in § 7 FStrG enthaltene Begriffsbestimmung des Gemeingebrauchs als "treffend und den Gegebenheiten des modernen Straßenverkehrs entsprechend" begrüßt (297), sowie Nedden (298) und das Landgericht Koblenz (299) wollen den darin niedergelegten Verkehrsbegriff i.e.S. schon jetzt und auch in den Ländern, die noch keine gesetzliche Neuregelung

(294) nach Maunz, öffentl. Sachen S.18 c) zitiert.

(295) vgl. BGH i. VerwRspr. 10,798,799 u. in VRS 14, 3f.

(296) deshalb richtig Staudinger-Seufert, Anm. 10 c zu § 905 BGB, S.407, die einer Rechtsprechungsübersicht die Bemerkung voranschicken, wegen landesrechtlicher Verschiedenheiten sei bei deren Anwendung Vorsicht geboten.

(297) a.a.O., S. 342.

(298) a.a.O., S. 82 r.H.

(299) NJW 61,1071 r.H. (nur Leitsatz).

besitzen, allgemein oder wenigstens auf die Landstraßen I. und II. Ordnung anwenden.

Außer dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit läßt sich für diese Lösung nichts anführen. Insbesondere die Entscheidung des Landgerichts in Koblenz, die allerdings nur in einem nichtamtlichen Leitsatz veröffentlicht ist, entbehrt der überzeugenden Begründung, warum von der bisherigen Rechtsprechung abgewichen wird. Der Hinweis auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts genügt nicht, weil sich dieses nur mit der Anwendung von Bundesrecht zu beschäftigen hatte. Für die Entscheidung über die Vereinbarkeit von Bundesrecht und Landesrecht, hier also des bestehenden Wegerechts im Regierungsbezirk Koblenz mit § 7 FStrG, ist es nicht zuständig (300). Daneben kann diese Frage nicht auftauchen, weil § 7 FStrG zwar für die Bundesstraßen in den Ländern, aber nicht umgekehrt Bundesrecht für Straßen der Länder oder Landesrecht für Bundesstraßen (301) gilt.

- b) Brabant (302), Rauschenbach (303) und Schmidt (304) wollen eine nur geringfügige Inanspruchnahme der Straße stets als gemeingebräuchlich ansehen. Nach Wolff (305) soll lediglich eine geringfügige und vorübergehende Anliegernutzung dem gewöhnlichen Gemeindegebrauch vorgehen.

Die hiergegen von v. Rosen (306) erhobenen Bedenken,

(300) vgl. jetzt § 137 Abs. 1 VwGO.

(301) vgl. oben S. 37, 4) u. Anm. 29

(302) a.a.O., S. 3204 r.H.

(303) a.a.O., S. 6 r.H.

(304) Automatenrecht, S. 233.

(305) 2. Aufl. S. 289. Er kann sich dabei auf die Entscheidungen in BGHZ 22, 395, 399 u. 23, 159, 166 berufen.

(306) DVB1. 53, S. 133 r.H.

die Rechtsprechung des Reichsgerichts verbiete es, derartige allgemeine Regeln aufzustellen geht fehl. Anhand desselben Maßstabes hat auch § 7 Abs. 2 des Thür. Wegegesetzes (307) sowie § 30 des BadStrG (308) und Art. 21 der württ. BauO (309) Gemeingebruch und Sondernutzung voneinander abgegrenzt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ebenfalls eine vorübergehende, geringfügige Inanspruchnahme der Straße noch keine Sondernutzung (310). Ausgangspunkt der zivilrechtlichen Entscheidungen ist aber der Verbietsanspruch des Eigentümers aus § 1004 BGB i.V.m. § 905 Satz 2 BGB (311), auf den die Klage gestützt ist. Wenn die Klage Erfolg haben soll, dann muß sich zweierlei ergeben. Einmal darf die Inanspruchnahme des klägerischen Eigentums nicht unter den Gemeingebruch fallen, sonst hat er es auf Grund seiner Zustimmung zur Widmung entschädigungslos zu dulden (1004 Abs.2 BGB) (312). Fällt die Nutzung dagegen nicht mehr unter den Gemeingebruch, dann kann § 905 Satz 2 BGB zur Abweisung der Klage führen, weil die Beeinträchtigung des Eigentums so geringfügig ist, daß der Kläger an der Ausschließung kein vernünftiges Interesse haben kann, wobei die Absicht, sich für die Gestattung ein Entgelt ausbedingen zu wollen, kein beachtenswertes Interesse darstellt (313). In vielen Fällen, z.B. bei geringfügigem Hervorragen von Erkern, Balkonen und Vordächern, sowie Anlagen der Außenwer-

(307) v. 4.7.1929 (Th.GS S.129).

(308) vgl. oben S. 37. Hierzu WüBadVGH i.VerwRspr. 7,470,472.

(309) vgl. oben S. 38.

(310) BGHZ 22,395,399 unter Berufung auf RGZ 132,398,401.

(311) vgl. LG Detmold NJW 52,1057 r.H.; LG Passau NJW 52,470,471 l.H.; LG Hannover BB 53,548 r.H.

(312) a.M. anscheinend Schätzel, S. 36 i. Anm. 99 a.E.

(313) RGJW 28,502,503 l.H. m. Anm. Meisner S.504; RG i. Gruchot 58,201; RGZ 123,181,182; BGH i.VerwRspr.9,667,668; Planck, 4. Aufl., Anm. 4b zu § 905 BGB.

bung in den Luftraum über der Straße, nach außen zu öffnende Türen und Fenster, Heraushängen von Schildern und Gewerbezeichen aller Art, dem Anbringen von flachen Schaukästen, Warenautomaten und anderen Werbeeinrichtungen (Leuchtröhrenanlagen, Schildern und Lichtwerbeanlagen verschiedener Art), auch beim Überspannen der Straße mit Antennen (314), wird schon deshalb kein Gemeingebrauch mehr vorliegen, weil die Straße, genauer, der Luftraum darüber, nicht zu Verkehrszwecken, daneben aber auch in so geringfügigem Maße und in einer solchen Höhe in Anspruch genommen wird, die für den Verkehrsraum ohne Interesse ist (315). Dieser Gebrauch der Straße oder des Luftraumes liegt also nicht mehr im Rahmen der Zweckbestimmung, ist damit nicht mehr Gemeingebrauch. Mithin entfällt - soweit das Wegerecht in Frage steht, unter anderen Gesichtspunkten kann eine besondere Erlaubnis erforderlich sein (316) - die Anwendung öffentlichen Rechts überhaupt, da der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird (317).

Trotzdem kann das Merkmal der Geringfügigkeit und der nur vorübergehenden Inanspruchnahme der Straße

(314) vgl. d. Zusammenstellung bei Marschall FStrG, S.132 ff., u. Schätzel S.30 ff.

(315) vgl. oben S.82 f. u. Anm. 181 ff.

(316) insbes. baurechtlicher Art; diese Frage haben die Zivilgerichte nicht zu prüfen, da die für die Entsch. über den Anspruch aus § 1004 BGB unerheblich ist. Vgl. auch WüBadVGH i.VerwSpr. 7,475,479 unter Minw. auf d. Entsch. d. LG Detmold a.a.O.; ferner BGHZ 22,395,398. Dort heißt es: "Die Bauerlaubnis wäre auch erforderlich gewesen, wenn der Eigentümer den Bauzaun errichtet hätte." Nur insoweit will der Bundesgerichtshof den Satz nicht gelten lassen; vgl. unten S. 149, Anm.484.

(317) vgl. § 8 Abs. 10 FStrG u. Art. 22 BayStrWG; hierauf wird noch einzugehen sein.

auch zur Entscheidung der öffentlich-rechtlichen Frage, ob Gemeingebrauch oder Sondernutzung vorliegt, herangezogen werden. Das gilt zumindest im Bereich der genannten wegerechtlichen Bestimmungen (318), wenn man darin nicht zugleich den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens erblicken will (319).

- c) Hammes (320) verneint Gemeingebrauch für solche Einrichtungen auf der Straße, die vom Hause abgesetzt sind, wie Uhrensäulen, Verkaufsbuden u.a.m. Im übrigen will er die Frage, ob Gemeingebrauch oder Sondernutzung vorliegt, entsprechend der Auffassung des Reichsgerichts von Fall zu Fall entscheiden (321). Dabei könne eine Nutzungsart um so eher als gemeingebrauchlich angesehen werden, je mehr sie sich den Formen des fließenden Verkehrs anpasse (322). Dieses Merkmal taugt aber nur für den Straßenhandel und die Werbung durch Plakatträger. Für den Anliegergebrauch läßt sich daraus nichts herleiten.
- d) Kretzschmar (323) stellt für Warenautomaten an der Hausfront, die allerdings in der Regel nur 15 - 30 cm tief in den Straßenraum hineinragen (324), auf den gesteigerten Gemeingebrauch der Anlieger ab (325) (326).

(318) vgl. oben S. 108

(319) vgl. hierzu § 5 StVO.

(320) a.a.O., S. 102, 103 r.H., b).

(321) a.a.O., S. 105 l.H., c).

(322) a.a.O., S. 105 l.H., e).

(323) BB 50, 665 r.H.

(324) vgl. Kretzschmar-v.Eisenhart/Rothe S.23 u.S.27 u.; Schätzel, S.37

(325) zustimmend Schätzel, S.39 f.

(326) Unterscheidet eine Gemeinde ohne sachlichen Grund zwischen erlaubtem und angeblich unstatthaftem Anliegergebrauch, so ist Art. 3 Abs. 1 GG verletzt; vgl. unten S. 164, Anm.566.

Die hauptsächlich im Schrifttum (327) und nur gelegentlich von der Rechtsprechung (328) vertretene, wohl auf Fleiner (329) zurückgehende Ansicht, neben dem "normalen" oder "schlichten" Gemeingegebrauch gebe es noch einen sogenannten "gesteigerten" Gemeingegebrauch, insbesondere den der Anlieger (330), gibt die Übereinstimmung zwischen Gemeingegebrauch und öffentlicher Zweckbestimmung auf. Nach Fleiner soll die Besonderheit des gesteigerten Gemeingegebrauchs darin bestehen, daß er "...an sich nicht über den bestimmungsgemäßen Gebrauch der öffentlichen Sache hinausgeht, aber doch eine gesteigerte Form der Benutzung darstellt, wie das Aufstellen von Baugerüsten und Marktbuden auf öffentlichen Straßen und Plätzen, die Benutzung der öffentlichen Straße für den Transport ungewöhnlich schwerer Lasten (331), das Anbringen von Schaufenstern und Erkern, die in den Luftraum über der Straße hineinragen..." (329, 332). Für diese Tätigkeiten bedarf es nach Fleiner einer besonderen polizeilichen Bewilligung (333). Wo aber die Benutzung der Straße eine wegerechtliche Erlaubnis voraussetzt, kann nicht mehr von Gemeingegebrauch gesprochen werden (334); beides schließt sich gegenseitig aus. Die von

-
- (327) Bochalli DVB1. 56,181; Fleiner S.37⁴ ff. (378); Giese Verwaltungsrecht, S.73, 2.
- (328) vgl. RGZ 132,398,400; 150,216,218; BGHZ 23,157,166 oben. LG Berlin in NJW 54,437 r.H.; OVG Lüneburg VerwRspr. 15,983 ff.
- (329) S. 378 f. 2. (S. 379).
- (330) Den Unterschied hat BGH in VerwRspr. 9,667,669 klar herausgearbeitet, vgl. auch Bochalli Verwaltungsrecht I, S.93, III. 2.
- (331) vgl. hierzu § 5 Abs.1 Ziff. 2 StVO u. Nebinger S. 109, 2. a) bb), der sie als "Sonderbenützung" ansieht.
- (332) vgl. hierzu RGZ 132,399,400 u. 150,216,220; ferner die ausführliche Stellungnahme v. Maunz, Hauptprobleme, S.274 ff.
- (333) S. 379, also eine Erlaubnis.
- (334) BGHZ 22,395,398 m.Nachw.; vgl. auch unten S. 49 Anm. 484.

Fleiner unter dem Namen "gesteigerter Gemeingebrauch" beschriebene Nutzungsart entspricht daher nicht dem Gemeingebrauch, wohl aber einem Erlaubnisgebrauch.

- e) Giese (335) unterscheidet dagegen zwischen in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht gesteigertem Gemeingebrauch, nämlich soweit einer bestimmten Gruppe von Benutzern aus örtlichen (= tatsächlichen), zeitlichen oder sachlichen Gründen die Straße mehr als anderen Benutzern zugute komme, so tatsächlich den Anliegern, zeitlich den länger benutzenden, sachlich den intensiver benutzenden Interessenten. Bei rechtlich gesteigertem Gemeingebrauch bedürfe es einer behördlichen Mitwirkung in Gestalt der Gebrauchserlaubnis. So entstehe der "besonders erlaubte Gemeingebrauch", der aber kein Recht begründe, sondern jederzeit widerruflich gestattet werde. Schon die Gebrauchserlaubnis, vollends aber die Nutzungsverleihung, so nennt er die intensive Straßenbenutzung (336), bedürfe der Zustimmung des Eigentümers.

Die nach Giese als "tatsächlich gesteigerter Gemeingebrauch" bezeichnete Inanspruchnahme der Straße durch Anlieger wäre grundsätzlich dem Anliegergebrauch zuzurechnen. Ob es sich dabei um Gemeingebrauch handelt, hängt im Einzelfall von den genannten

(335) Verwaltungsrecht, S.73 f. 2. und 3.; anders dagegen Giese-Neuwiem-Cahn, S.89 ff., III.

(336) hiergegen Maunz, Hauptprobleme S.281, 3., soweit daraus ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung folgen soll. Im übrigen wie hier in öffentliche Sachen, S.19 f., aa) u. bb), ebenso Brabant JW 38, 3201, 3204 r.H.; Fleiner S.378, 2.; Forsthoff S. 346; Giese-Neuwiem-Cahn, a.a.O. II., Huber, a.a.O., S. 133 r.H.; Nedden, NJW 56, S.81 r.H.; RGRK 11.Aufl. Anm. 5 zu § 905 BGB, S.315 (Pritsch).

Kriterien des Gemeingebruchs ab. Der sogenannte rechtlich gesteigerte Gemeingebruch ist dagegen kein Gemeingebruch im herkömmlichen Sinne.

- f) Auch Forsthoff (337) kennt wie Fleiner Formen der Inanspruchnahme der Straße, die nicht mehr im Gemeingebruch liegen und deshalb von einer besonderen Gestattung abhängig sind, andererseits aber doch noch im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung bleiben sollen. Er verläßt also wie Fleiner die herkömmliche Auffassung, den Gemeingebruch mit der öffentlichen Zweckbestimmung gleichzusetzen.

Zippelius (338) hat diese Ansicht dahin erläutert, man müsse hier unterscheiden zwischen der rechtlichen Zweckbindung, also dem Gemeingebruch, und den tatsächlichen Zwecken, zu denen die Straße benutzt werde. Er stimmt damit insoweit mit der bereits mehrfach erwähnten Entscheidung des WüBadVGh (339) überein. Es handelt sich um die "tatsächlich und in starkem Umfang eingetretene Benutzung der Straße zu anderen, mit dem Verkehr überhaupt nicht in Zusammenhang stehenden Zwecken", die das Gericht demgemäß auch als nicht gemeingebräuchlich bezeichnet hat (340). Wenn aber damit feststeht, daß es sich nicht um Gemeingebruch handeln kann, sollte man diese Inanspruchnahme der Straße nicht unter die öffentliche Zweckbestimmung bringen.

5. "Auf die Aufrechterhaltung des Gemeingebruchs be-

(337) S. 344

(338) a.a.O., S. 847 l.H.

(339) VerwRspr. 7, 475, 477, 3.

(340) vgl. oben S.101 Anm. 275 u. S.102 Anm. 277, ferner Bocharli DVBl. 59,614 r.H.

steht kein Rechtsanspruch" bestimmt Art. 14 Abs. 1 Satz 2 BayStrWG (341). Eine ähnliche Bestimmung fehlt im Bundesfernstraßengesetz. Es fragt sich daher, ob darin eine abweichende Rechtsansicht zum Ausdruck kommt (342), ferner, welche Rechtsnatur letzten Endes der Gemeingebrauch überhaupt hat.

- a) Wie Knorr berichtet (343), soll Art. 14 Abs. 1 Satz 2 BayStrWG den bisherigen gewohnheitsrechtlich anerkannten und von der Rechtsprechung bestätigten Rechtszustand legalisieren, da er sich nicht von selbst ver-
stehe und verschiedentlich auch andere Ansichten vertreten würden.
- b) Die Meinung der Rechtsprechung über die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs hat sich meist anhand von Fällen ergeben, wo zugleich auf die besondere Lage des Strassenanliegers einzugehen war; daneben auch, wenn sich ein Wegebenutzer gegen die Sperre eines bestimmten Weges gewandt hatte (344). Dabei haben die Gerichte

(341) inhaltlich gleich § 14 , Satz 2 Hess StrG; § 15 Satz 2 LStrG NRW.

(342) Von einem "Recht auf Gemeingebrauch" gem. § 7 FStrG - jedoch ohne nähere Begründung - spricht HessVGH in ESVGH, 6,146,148. Der Bad.-Württ. VGH läßt die Frage dahingestellt sein - VerwRspr. 14,723,724.

(343) BayVB1. 58,300,302 I.H., 5.; ebenso Groebe BayVB1. 59, 181,182 r.H. und Nau S.85 und Anm. 322.

(344) vgl. den in ESVGH 1, 101 entschiedenen Sachverhalt.

in ganz Deutschland (345) als sogenanntes "Anliegerrecht" nur den freien Zugang vom und zum Hause, sei es zu Fuß oder mit dem Wagen, und auch den ungehinderten Zutritt von Licht und Luft anerkannt. Werde der Anlieger in diesen Beziehungen beeinträchtigt, so habe er Anspruch auf Entschädigung (346) (347). Diesen Anspruch hat Art. 17 des BayStrWG übernommen.

Hiervon ist die Möglichkeit des Anliegers, die Straße mehr als andere Straßenpassanten benutzen zu können, scharf zu unterscheiden. Sie beruht nach Ansicht der Rechtsprechung auf der Tatsache seines

-
- (345) auch in Bayern, wo angeblich der Begriff des gesteigerten Gemeingebrauchs der Anlieger unbekannt gewesen ist, vgl. Knorr BayVBl. a.a.O. und Zippelius a.a.O. S.847 l.H.; a.M. Förg, Münzautomat a.a.O., S.172 r.H. V. 1. unter Berufung auf die Erklärung der bayer. Staatsregierung gegenüber dem bayer. VerfGH, abgedruckt in dessen Urteil v. 6.12.1952, GVBl. 53,17,19 l.H./r.H.; ferner Callsen Münzautomat, 1959 a.a.O. S.80, l.H. unter Berufung auf Mang-Heigl, Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. II, S.454 ff. 459.

In Sachsen gilt die Anliegernutzung als eigenständige Gebrauchsart neben Gemeingebrauch und Sondernutzung, vgl. S.OVG Jb. 40,336,338 m. weit. Nachw. aus seiner Rechtsprechung; ferner die Einteilung der Gebrauchsarten bei Merkel, JW 29,2342 r.H., 5. und JW 30,262 l.H., 3.

Zur Rechtslage in Hamburg vgl. Schack DVBl.61,897 f.; für Baden-Württemberg neuerdings Bad Württ. VGH in VerwRspr. a.a.O.

- (346) RGZ 145,107,117; 161,364,369; BGHZ 8,273,275; 23,157,166; WüBadVGH in ESVGH 7,198,201; VGH Stuttgart in VerwRspr. 9,968,971; OVG Rh.-Pfalz i. VerwRspr. 8,94,95; Fleiner a.a.O.; Forsthoff, S.355 m. weit. Nachw.; Maunz, öffentl. Sachen, S.19 d); Meisner-Stern-Hodes, S.229, Anm.11; Nebinger, S.113; v.Turegg, Lehrbuch 3. Aufl., S.158.

- (347) Diesen Bereich hat das RG "Anliegerrecht" zur Unterscheidung von der Anliegernutzung genannt, vgl. hierzu auch BGH in MDR 59,918,919.

räumlichen Verhältnisses zur Straße (348). Dazu gehört alles, was für das Betreten des Grundstücks und die Zufahrt dorthin erforderlich ist, z.B. das Fahren über den Bürgersteig (349, 349a).

Folgt man der Rechtsprechung von dem ursprünglichen und dem erweiterten Inhalt des Verkehrsbegriffs und der Terminologie Fleiners, so läßt sich die Zufahrt zum Grundstück als schlichter Anliegergebrauch bezeichnen. Ein gesteigerter Anliegergebrauch müßte demnach mittelbar oder unmittelbar dem Verkehr dienen (350). Die Anlieger können infolge ihres räumlichen Verhältnisses zur Straße den Gemeingebrauch in besonderem Maße ausüben (351). Ob eine Straßennutzung durch Anlieger ohne besondere Erlaubnis statthaft ist, richtet sich daher nach den für den Gemeingebrauch allgemein geltenden Regeln (352).

-
- (348) vgl. hierzu v. Almsick, S.16 gegen Otto Mayer, der meint, Tatsachen seien häufig der Anknüpfungspunkt für Rechtspositionen. Ob das der Fall sei, müsse aber erst bewiesen werden.
- (349) PrOVG 28,197,200; 36,232,234; 63,102,104 f.
- (349a) vgl. RGZ 123,187 u. Bay VGH JW 30,2004.
- (350) Zwischen einem normalen und einem gesteigerten Anliegergebrauch unterscheidet unter Berufung auf Dorn, die Wegestreitigkeiten in Bayern, BayVB1. 1932,31, noch Förg a.a.O., S. 155 l.H., II. Mithin gibt es auch in Bayern das - angeblich unbekannte - Gebilde der Anliegernutzung, vgl. oben S. 115 u. Anm. 345, sowie Förg a.a.O., S. 156 r.H., 2.
- (351) BGHZ 22,395,396; BGH i. VerwRspr.9,667,669; v.Eisenhart/Rothe Münzautomat 60,1 l.H.; Maunz a.a.O.; Schätzel S. 20.
- (352) anders jetzt in Hamburg durch § 17 des Hamb. Wegegesetzes, der einen besonderen Anliegergebrauch kennt. Hierzu im einzelnen Schack a.a.O., S. 899, III. m. weit. Nachw. in Anm. 34.

- c) Deshalb kann dem Bundesgerichtshof (353) nicht gefolgt werden, wenn er das Aufstellen von Bauzäunen mit der Begründung als vom Eigentümer zu duldende Benutzung und damit doch wohl zum Gemeingebrauch gerechnet hat, weil die Straße "hier zu einem von der Widmung erfaßten Zwecke der Besiedelung des von der Straße erschlossenen Geländes" benutzt werde.
- Die Benutzung der Straße zu Besiedelungszwecken beruht nicht auf der Widmung. Schon nach früherem preußischen Recht begann der sogenannte "Anbauzweck" (354) mit der Erklärung bestimmter Grundstücke zu "Ortsstraßen". Damit war die Aufforderung an die anliegenden Grundstückseigentümer verbunden, nunmehr Gebäude an der Straße zu errichten (355). Es handelte sich also um eine Maßnahme der Stadtplanung (356), für die nach heutigem Recht die Gemeinde (357), nicht aber die Verkehrsbehörde zuständig ist. Die Widmung wird dagegen von der jeweiligen Straßenbaubehörde verfügt (358), die auch in Ortsdurchfahrten nicht immer mit der Gemeinde identisch ist. (359).

Demnach hat der Anbau - oder Besiedelungszweck nichts unmittelbar mit der Widmung der Straße zu tun. Der Eigentümer der Straße muß deshalb Einwirkungen auf diese, die sich anläßlich eines Neu- oder

(353) BGHZ 22,395,396 unten u. 397.

(354) vgl. v.Almsick S.13 u. 62 ff. sowie Petersen S.64.

(355) RGZ 7,213,215; 10,272,274; 44,282,284.

(356) Jetzt nach §§ 9,12 BBauG durch Feststellung des verbindlichen Bebauungsplans.

(357) vgl. §§ 2 Abs.1 u. 10 BBauG.

(358) § 2 FStrG; Art. 6 Abs.2 BayStrWG; § 3 Abs.1 hess.StrG; § 7 Abs.1 LStrG NRW.

(359) vgl. Art.4, Abs.2 BayStrWG, anders insoweit §§ 44 f. i.V.m. § 3 Abs. 1 hess StrG; §§ 47, 3 Abs.1 Ziff.3 i.V.m. § 7 Abs.1 LStrG NRW.

Wiederaufbaues von Häusern ergeben, nicht, jedenfalls nicht im Rahmen der Widmung (360), als Gemeingebrauch dulden. Wegerechtlich gesehen beruht die Inanspruchnahme der Straße durch die Anlieger, wenn sie auch tatsächlich eine weitgehendere Benutzungsmöglichkeit haben, auf nichts anderem als dem jedermann eingeräumten Gemeingebrauch. Eine Molkerei hat also im Rahmen des Gemeingebrauchs keinen Anspruch darauf, ihre Fahrzeuge - übrigens entgegen dem Verbot des § 18 StVO - über eine zur Straße hinausgehende Rampe zu beladen (361), ein Geschäftsmann kann nicht erwarten, daß die Frontseite seines Hauses, einschließlich der dort angebrachten Lichtwerbung von allen Seiten her sichtbar bleibe (362). Er kann auch nicht verlangen, daß die an seinem Hause vorbeiführende Straße nicht wegen notwendig gewordener Bauarbeiten an der Straße oder zum Schutz der Passanten bei Bauarbeiten an anderen Häusern abgesperrt werde (363). Der von Knorr wiedergegebene bisherige Rechtszustand findet also in der Rechtsprechung seine Stütze.

Danach kann der Anlieger nicht mit dem Fortbestand des Gemeingebrauchs an der Straße rechnen (364). Das gilt, obwohl den Anlieger anerkanntermaßen allerlei Duldungspflichten treffen, wie das Anbringen von Straßenlaternen und Haltevorrichtungen für Straßenbahnoberleitungen an seinem Hause; die Straße bringt ihm neben großen Vorteilen auch Unannehmlichkeiten,

(360) a.M. v. Almsick a.a.O.

(361) vgl. den vom ProVG 100,173 entschiedenen Sachverhalt.

(362) vgl. die in BGHZ 23,157 und WüBadVGH in ESVGH a.a.O. entschiedenen Fälle.

(363) vgl. oben S.93 und Anm. 230.

(364) ProVG 32,213; BGH in VerwRspr a.a.O.; WüBadVGH in ESVGH a.a.O.; VGH Stuttgart in VerwRspr. a.a.O.; Fleiner, S.377; Forsthoff, S.344 und 353; Germershausen-Seydel, S.76, 1.; Giese Verwaltungsrecht, a.a.O.; Maunz, a.a.O.; Wolff, 2. Aufl., S.289, II.

wie Lärm, Staub und Gerüche in das Haus und verlangt ihm besondere finanzielle Opfer, wie Anliegerbeiträge, ab (365), der aber die Wertsteigerung des Grundstücks durch die Erschließung gegenübersteht.

- d) Im Schrifttum lassen sich zur Frage der Rechtsnatur des Gemeingebrauchs vier verschiedene Standpunkte herausstellen. (365a)

Die erste sieht im Gemeingebrauch eine reine Tatsache, wie das Atmen (366), oder doch einen nur rein tatsächlichen, nicht rechtlichen Vorteil, wie er sich aus dem Gebrauch der vorhandenen Straße für jedermann ergibt, der sie benutzt (367). Zu dieser Gruppe sind wohl auch diejenigen Stimmen zu rechnen, die, wie das Bundesverwaltungsgericht (368), den Gemeingebrauch als Ausfluß der persönlichen Freiheit des einzelnen ansehen (368a).

Nach der zweiten, hauptsächlich von Fleiner (369) vertretenen Ansicht, steht nicht der Gebrauch, sondern die den Gebrauch gewährende Rechtsnorm im Vordergrund. Da sie dem einzelnen keinerlei Willensmacht zugestehen, die Gewährung des Gebrauchs fordern zu können,

(365) S.OVG, a.a.O., ihm folgt Schätzel, S.25 f., ferner Scheuner RVBl. 1937,729,733 I.H.

(365a) Dazu ausführlich m. vielen Nachweisen Haselau a.a.O. S.17 - 23

(366) Peters, S.211.

(367) Scheuner ZAKfDR 1937,484,486 I.H./r.H.

(368) BVerwGE 4, 342,346 unter Berufung auf Otto Mayer, II S.76 ff. und andere, ferner Hatschek, S.476

(368a) vgl. die Nachweise bei Haselau a.a.O., S.19 ff.

(369) S. 374 f.

sich vielmehr befehlend nur an die Verwaltungsbehörde wende, sei der gewährte Gebrauch ein Reflex dieser Normen, der deshalb auch als "Rechtsreflex" bezeichnet wird (370). Zu dieser Gruppe dürfte auch Wolff (371) zu rechnen sein, der von einer "intransitiven Verstattung" spricht. Darunter soll eine lediglich objektiv-rechtliche Berechtigung zu verstehen sein. Mit dem Beiwort "intransitiv" will Wolff zum Ausdruck bringen, daß der verwaltungsrechtliche Besitzstand nur gegenüber der Behörde, nicht gegenüber Dritten besteht, also nur die Gleichbehandlung gewährleistet (372).

Forsthoff (373), Huber (374) und wohl auch der WuBad VGH (375) wollen dagegen eine eigene Willensmacht des Benutzers, allerdings nur im Hinblick auf die Befugnis, eine Verletzung des Gemeingebrauchs gerichtlich geltend machen zu können, etwa im Sinne der alten Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht (376) annehmen.

(370) OVG Hamburg in DöV 55,151,157 (Parkuhrenurteil) spricht vom "Reflex öffentlicher Normen"; vgl. auch das Urteil v. 26.4.1948, DöV 1948,69 und Jellinek, Nachtrag 1950, S.38 zu S.510 f. (falsch zitiert bei Groebe DöV 58,833, 835 l.H. in Anm. 9).

(371) S. 287

(372) S. 203 a.a.O.

(373) S. 341

(374) in DöV 55,129,131 l.H., 3. Dazu kritisch, wenn auch im Ergebnis übereinstimmend Haselau a.a.O., S.21.

(375) in VerwRspr. 7,475,479.

(376) vgl. Bachof, Klage auf Vornahme, S. 85, Jellinek, S. 201; zu den beiden Theorien des subjektiv-öffentlichen Rechts - Willens- und Interessenbefriedigungstheorie - vgl. Bachof DRZ 50,341,344 in Anm. 20 und Bühler in Gedächtnisschrift, S.269,274.

Für die Erkenntnis der wahren Rechtsnatur der öffentlichen Sachen ist die Theorie von Maunz (377) von dem Benutzungsverhältnis sehr fruchtbar gewesen (378). Er hat einmal zwischen der Rechtspflicht des Trägers der öffentlichen Verwaltung, die öffentliche Sache zu schaffen, als einem Rechtsverhältnis (verwaltungsrechtliches Mantelrechtsgeschäft) und der Verpflichtung, die Sache zur Benutzung bereitzuhalten (Nutzungsverhältnis) unterschieden (379). Maunz hat sich aber der hiergegen gerichteten Kritik nicht verschlossen (380) und diesen Gedanken bereits im Jahre 1937 nicht mehr weitergeführt (381). Inzwischen hat er sich der herrschenden Auffassung von der Rechtsnatur der öffentlichen Sache (382) angeschlossen (383).

- e) Während die erste und zweite Ansicht der Verwaltung die Möglichkeit lassen, aus Gründen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs (§ 4 StVO) oder um Bauarbeiten an der Straße durchführen zu können (384), diese zu sperren, ohne daß der einzelne Benutzer verlangen kann, den Gemeingebrauch an der gesperrten Straße ausüben zu dürfen würde die Lehre von dem Gemeingebrauch als einem subjektiv-öffentlichen

(377) in Hauptprobleme, S.209 ff., 225 ff.

(378) Zippelius, a.a.O., S.839 r.H.

(379) S.225,230,280 und öfter

(380) vgl. Zippelius a.a.O.

(381) Verwaltung, S.291; vgl. aber auch ZAKfDR S.645 r.H.

(382) Öffentliche Sachen, S.1 ff., für den Gemeingebrauch ausdrücklich S.16.

(383) Trotzdem hat sich der BGH - BGHZ 9,373,383 - auf ihn berufen, spricht aber von einem "Benutzungsverhältnis" und vertritt zugleich die herrschende Auffassung; vgl. oben S.79 und Anm.167.

(384) vgl. Art. 15 BayStrWG. Dieser besagt aber nichts anderes, was schon § 4 StVO enthält. Gegen seine Gültigkeit bestehen daher aus § 45 StVO Bedenken.

Recht, aber auch die ursprünglich von Maunz entwickelte Lehre des Gemeingebruchs als einem Benutzungsrechtsverhältnis dazu führen, den Gemeingebruch gegen die genannten sachlichen Gründe zu erzwingen. Für das subjektiv-öffentliche Recht ergäbe sich diese Möglichkeit ohne weiteres, gleich welcher der beiden Ansichten man sich anschliesse.

Faßt man die Benutzung der Straße als Rechtsverhältnis auf, so besagt dies eine Beziehung zwischen dem einzelnen Benutzer und der Verwaltung, kraft deren der einzelne die Benutzung verlangen kann (385), also im Ergebnis das gleiche wie beim Vorliegen eines subjektiv-öffentlichen Rechts. Ein derartiges Ergebnis kann aus praktischen Erwägungen nicht richtig sein. Es wird dabei, worauf schon Bachof (386) hingewiesen hat, verwechselt, ob ein Rechtssatz dazu verpflichtet, eine Begünstigung einzuräumen und aufrecht zu erhalten oder ob sie nur verbietet, eine bereits eingeräumte Begünstigung zu beeinträchtigen, so lange diese selbst aufrecht erhalten bleibt. Wird also der Gemeingebruch selbst aufgehoben, wozu die ordnungsmässige Entwidmung erforderlich ist (387), so besteht

(385) vgl. die Begriffsbestimmung des Rechtsverhältnisses bei Nipperdey I., S.427; Forsthoff, S.169, 3.; 176, 4.; 177; Jellinek, S.191, 1.

(386) Gedächtnisschrift, S.298, 4.

(387) Bachof a.a.O. und S.299. Aus Gründen der Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage, die seinerzeit den Streit um die Rechtsnatur des Gemeingebruchs auflöst hat, bedarf es einer besonders eingeräumten Rechtsposition nicht mehr. Für die Zulässigkeit der Klage genügt die schlüssige Behauptung des Klägers, in seinen Rechten verletzt zu sein - vgl. die klägerische Behauptung in den vom WüBadVGH in VerwRspr. 4,362; 6,569; 7,470 und 475; 9,968 entschiedenen Fällen. (Ob das der Fall ist, wird sich bei Prüfung der Begründetheit der Klage herausstellen). Damit ist im Falle der Beeinträchtigung des Gemeingebruchs die verwaltungsrechtliche Klage gegeben - HessVGH in ESVGH 1,101,103 und OVG Rheinl.-Pfalz in VerwRspr. 8,94,97.

kein Anspruch mehr, ihn nicht zu beeinträchtigen. Wird die Straße dagegen nur vorübergehend gesperrt, so kann der einzelne, sofern die Maßnahme auf § 4 StVO gestützt worden ist und werden konnte, keine Einräumung des Gemeingebrauchs verlangen, da dieser ihm nicht persönlich, sondern nur in seiner Eigenschaft als Teil des Publikums, als "jedermann" gestattet ist (388).

Als Ergebnis läßt sich daher festhalten, daß ein Rechtsanspruch auf Gemeingebrauch, sei es aus einem Nutzungsrechtsverhältnis oder aus einem subjektiv öffentlichen Recht nicht besteht. Der Gemeingebrauch ist vielmehr als die einem nicht näher bestimmbar Personenkreis, dem Publikum (388), mithin allgemein eröffnete Möglichkeit anzusehen, die Straße im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vorschriften zum Verkehr zu benutzen. Der einzelne Benutzer hat nur einen Anspruch darauf, daß nicht gerade ihm der Gebrauch verweigert werde, während und solange die übrigen Passanten den Gebrauch ausüben können, der Gemeingebrauch also noch fortbesteht.

Kein Anspruch besteht dagegen darauf, den Gemeingebrauch an einer nach § 4 StVO oder zwecks Bauarbeiten gesperrten Straße ausüben zu können.

- 6) "Die Erhebung von Gebühren für den Gemeingebrauch bedarf einer besonderen gesetzlichen Regelung" (389). Noch klarer bestimmt Art. 14 Abs. 4 BayStrWG: "Die Erhebung von Gebühren oder von Entgelt für die Ausübung des Gemeingebrauchs ist unzulässig. Ausnahmen können nur durch Gesetz zugelassen werden." Damit hat das Gesetz den jahrelangen Streit über die Frage, ob die Erhebung eines Entgelts mit dem Wesen des Ge-

(388) vgl. oben S.43 und Anm. 41 u. 42.

(389) § 7 Abs.1 Satz 4 FStrG, ebenso § 15 Abs.4 LStrG NRW.

meingebruchs vereinbar sei, entschieden (390).

- a) Bereits im Jahre 1929 hat der bayer. Verwaltungsgewichtshof einen ähnlichen Standpunkt eingenommen und ausgesprochen (391), Pflaster-, Wege- und Brückengelder seien (nur) kraft besonderer Rechtsnorm und staatlicher Genehmigung zulässig (392). Im übrigen gehört nach Auffassung der Rechtsprechung (393), die trotz aller hieran geübter Kritik unverändert geblieben ist, die Unentgeltlichkeit zum Wesen des Gemeingebruchs.
- b) Hierbei ist jedoch zwischen einem - privatrechtlichen - Entgelt, das der Eigentümer der Straße für die Benutzung seines Grundstücks verlangt, und einer öffentlich-rechtlichen Gebühr zu unterscheiden.

Soweit der Eigentümer den Gebrauch dulden muß, kann er ihn gemäß § 1004 Abs. 2 BGB weder untersagen noch sich dafür, daß er ihn gestattet, ein Entgelt ausbedingen (394). Infolge seiner Mitwirkung bei der Widmung des Grundstücks zum Straßenland hat er sich, soweit der Gemeingebruch reicht, der Verfügungsmacht begeben. Er kann daher nicht für eine Benutzung, die er ohnehin zu dulden verpflichtet ist, ein Ent-

(390) a.M. die amtliche Begründung zu § 14 Abs.1 u. 2 d.hess. StrG, S.12. Dort heißt es: "Das Gesetz läßt bewußt die Frage offen, ob für den Gemeingebruch eine Gebühr erhoben werden kann. Die Übernahme der Regelung des § 7 Abs.1 Satz 4 FStrG...ist bedenklich. Die Vorschrift des § 15 enthält bereits Einschränkungsmöglichkeiten; die Erhebung einer Gebühr wäre eine weitere Einschränkung ..." Vgl. hierzu auch v.Rosen, Wegegesetz S.151 r.H.

(391) JW 30, 2004, 2006 I.H.

(392) so auch Forsthoff, S.339 m.weit.Nachw.; Maunz, öffentliche Sachen, S. 17 c); Nau, S.48 ff.

(393) vgl. oben S. 78 und Anm. 163

(394) a.a.O. und Anm. 164

gelt verlangen. Eine vertragliche Vereinbarung des Inhalts, etwa ein Mietvertrag, wäre wegen der bereits bestehenden Duldungspflicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet (395) und damit nach § 306 BGB nichtig (396).

- c) Die Rechtsprechung hat aber auch eine Gebührenerhebung auf Grund gemeindlicher Satzungen abgelehnt (397).

In Preußen hatten die Gemeinden die Gebührenpflicht auf § 4 Abs. 1 KAG (398) gestützt. Nach dieser Vorschrift waren sie berechtigt, für die von ihnen im öffentlichen Interesse unterhaltenen Einrichtungen und Veranstaltungen Gebühren zu erheben. Das preussische Oberverwaltungsgericht hat derartige Gebührenordnungen u.a. auch deshalb als rechtsunwirksam angesehen, weil darin Gebühren für die Inanspruchnahme des Luftraumes über der Straße vorgesehen waren, dieser aber keine "Veranstaltung" oder "Einrichtung" im Sinne von § 4 KAG sei (399). Mit ähnlicher Begründung hat auch der bayer. Verwaltungsgerichtshof (391) die auf Art. 44 BayGO von 1927 gestützten Satzungen aufgehoben.

-
- (395) Andererseits hat der Bundesgerichtshof hinsichtlich der Duldung eines Verkaufsstandes auf Grund einer Gebrauchserlaubnis ausgeführt, das Dulden des Gebrauchs sei nicht dasselbe wie das Gewähren, den ein Mietvertrag voraussetze - BGHZ 19,85,92. Das gilt aber nur für die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher Erlaubnis und der - weiter erforderlichen - privatrechtlichen Zustimmung; vgl. hierzu Nedden NJW 56,470,4711.H.
- (396) Erdsiek a.a.O., Sp.152,V. unter Berufung auf RGZ 132, 398,402
- (397) Gebühr ist die Gegenleistung für eine besondere Staats-tätigkeit, die für den Empfänger nicht völlig wertlos sein darf - HessVGH in ESVGH, 5,66,67,68. Durch das Merkmal der Gegenleistung unterscheidet sich die Gebühr von der Steuer, die nach § 1 AO keine Gegenleistung darstellt; vgl. auch Schätzkel, S.48 u. Anm. 137.
- (398) Pr.Kommunalabgabengesetz (KAG) v. 14.7.1893 (GS S.152).
- (399) ProVG, 28,74,76; 35,26.

Dem ist voll zuzustimmen, soweit die Gemeinden damit ein Entgelt für ihr dem Gemeingebrauch gewidmetes Privateigentum verlangt haben. Es handelt sich in diesem Falle zwar um eine öffentlich-rechtliche Gebühr; die Gemeinde hätte aber nur die Rechtsformen vertauscht, um zu dem verbotenen - privatrechtlichen - Entgelt für gemeingebräuchliche Benutzung zu gelangen.

Die Gemeinden haben es nämlich auf Grund des verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 GG), insbesondere der Satzungs Gewalt (400) in der Hand, ob sie die Benutzung ihres Eigentums privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich gestalten wollen. Diese Befugnis war schon früher in den Gemeindeordnungen enthalten (401). Sie findet ihre selbstverständliche Grenze dort, so sie zu einer Gesetzesumgehung, insbesondere der Duldungspflicht gem. § 1004 Abs. 2 BGB mißbraucht wird. Die Gemeinden dürfen also durch die Satzung weder den gesetzlich festgelegten Begriff des Gemeingebruchs einen-

-
- (400) so ausdrücklich § 8 Ziff. 1 der nieders. GO v. 4.3.55 (GVBl. S.55), vgl. auch Art. 23 f. BayGO v. 25.1.52 (BayBS I, S.461), § 4 der GO f. Baden-Württ. v. 25.7.55 (GVBl. S.129), §§ 5,19,20 HGO v. 25.2.52 i.d.F.d. Bekanntm. v. 1.7.60 (GVBl. S.103), § 4 der GO f. NRW v. 21.10.52 i.d.F.d. Bekanntm. v. 28.10.52 (GVBl. S.283), § 20 d. GO d. Rh-Pf. v. 29.8.48 (GVBl. S.335) i.d.F.d. Ges. v. 11.12.48 (GVBl. S.447), § 4 d. GO f. Schlesw. Holst. v. 24.1.50 (GVBl. S.25); vgl. ferner Hamb.Geb. Ges. v. 4.7.54 (GVBl. S.51) - hierzu BGHZ 21,319,325 (Parkuhrenurteil) - die Hamb.Geb.Ordnung f.d. Benutzung v. Wegen, Wasserflächen u. Verkehrsanlagen v. 16.12.1958 (GVBl. S.419) und die Gebührenordnung der Stadt Neumarkt/Opf. - Satzung über Sondernutzung an öffentlichem Verkehrsraum außerhalb des Maß-, Markt- und Dultverkehrs und Gebührenordnung hierzu v. 13. 5. und 10.7.1958, abgedruckt in Münzautomat 1959,153.
- (401) für das bayer. Recht vgl. Art. 44 der GO v. 1927; hierzu Wolpert, S.7 und die Nachw. im Urteil des BayVerfGH in GVBl. 53,17,19; ferner § 18 der Deutschen Gemeindeordnung (DGO) v. 30.1.35 (RGBl. I, S.49, ber. S.171).

gen (399), noch für ihn, soweit er unentgeltlich ist, eine "Gebühr" erheben.

- d) Nun lehnt aber die einschlägige Rechtsprechung und ein Teil der Stimmen im Schrifttum (402) - auch nach Erlaß des Bundesfernstraßengesetzes (403) - generell die Erhebung von Gebühren ab.

Das Bundesverwaltungsgericht (404) meint, es sei ein Merkmal des Gemeingebrauchs, daß er dem einzelnen ohne besondere behördliche Zulassung, die immer die Möglichkeit zur Gebührenerhebung in sich schließe, offenstehe.

Demgegenüber hat Forsthoff auf die geschichtliche Entwicklung zur Unentgeltlichkeit des Gemeingebrauchs hingewiesen (405). Das Erheben von Wegebenutzungsgebühren (Maut, Straßenzölle) sei bis in das 19. Jahrhundert hinein weit verbreitet gewesen und erst nach und nach abgeschafft worden; zum Teil aus besonderen Gründen, wie der Einführung einer Kraftfahrzeugsteuer, durch die derartige Gebühren hätten abgegolten wer-

(402) Nau, S.38 f., b); Petersen, S.132 aa) a.E.; Staudinger-Seufert Anm. 10 d) zu § 905 BGB, S.409.

(403) § 7 Abs. 1 Satz 4 FStrG; hierzu Bettermann MDR 57,151, 152 1.H., II; vgl. ferner § 6 Abs. 2 Satz 2 des Ges. über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs v. 2.3.1951 (BGBl. I S. 157).

(404) BVerwGE 4, 342, 345 f.

(405) S. 339 und Bochalli Verwaltungsrecht I, S.92, III. 1); auch Maunz - öffentliche Sachen, S.17 a) - spricht von der Zulässigkeit der Maut-Gebühren. Sie sind besonders im Süden anzutreffen, so für die Benützung der italienischen "Autobahnen".

den sollen. Schätzel (406) betont, § 13 RFAG (407) spreche gerade nicht von Gebühren, auf die es Forsthoff ankomme, sondern nur von Steuern (408). Wenn der einzelne heute nicht mehr, wie nach der früheren Anschauung, einer gewährenden Verwaltung gegenüberstehe, dann stelle die Gebühr für den Gemeinge-
brauch praktisch eine Doppelbesteuerung dar (409), denn der gleiche Personenkreis, dem die Gebühr angelastet würde, habe sich bereits am Steueraufkommen beteiligt, aus dem die Mittel für die Herstellung und Unterhaltung der Straßen entnommen würden.

Huber (410) sieht in der freien Zulassung und der - auf Grund Gesetzes - gebührenpflichtigen Ausübung des Gemeingegebrauchs keine Gegensätze, sondern zwei verschiedene Dinge, die wohl zu trennen seien.

Dem ist zuzustimmen. Der Vorgang, zwischen freiem Zugang und gesetzlich einschränkbarer Ausübung zu unterscheiden, ist dem öffentlichen Recht nicht fremd. In seiner Rechtsprechung zum Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) hat das Bundesverfassungsgericht (411) zwischen dem Zugang zu einem Beruf und dessen Ausübung unterschieden. Nach der Auslegung des Art. 12 GG, wie sie vom Bundesverfassungsgericht erfolgt ist, stehen dem Gesetzgeber unterschiedlich einschneidende Eingriffsbefugnisse zu, je nachdem, ob es sich um den Zugang oder die Ausübung des Berufs handelt.

(406) S.49 f.

(407) Reichsfinanzausgleichsgesetz (RFAG) v. 27.4.1926 i.d.F. d.Ges. v. 9.4.1927 (RGBl. I, S.91)

(408) wie hier auch OVG Hamburg DöV 55, 151.

(409) so auch Nau, S.41 ff.: § 13 RFAG enthalte das Verbot der Doppelbesteuerung.

(410) S.135, 7.); vgl. auch Forsthoff a.a.O., hiergegen Schätzel, S.49 oben.

(411) vgl. oben S. 89 u. Anm 210.

Diese Grundsätze lassen sich hier entsprechend anwenden.

Während der Zugang zum Gemeingebrauch einem jeden offen steht, also in diesem Sinne frei ist (412), kann seine Ausübung auf Grund gesetzlicher Ermächtigung von einem Entgelt abhängig gemacht werden. Auch die Befürworter einer Unentgeltlichkeit des Gemeingebrauchs einschließlich der Gebühren aller Art müssen das denn auch zugeben. Damit entkräften sie ihre eigenen Argumente, wonach die Unentgeltlichkeit zum Wesen des Gemeingebrauchs gehören soll. Auf die Bestimmungen des Straßen- und Wegerechts können sie sich dabei nicht berufen, sodaß die Begriffsbestimmung ohnehin nicht mit dem Gesetz im Einklang steht.

- 7) Als Ergebnis der bisherigen Erörterung über den Gemeingebrauch ist daher festzuhalten:
- a) Nach den Straßen- und Wegegesetzen von Bund und Ländern, die seit 1949 erlassen worden sind, besteht der zulassungsfreie Gemeingebrauch an Straßen und Wegen im Verkehr i.e.S. Der von der Rechtsprechung nach 1929 entwickelte Begriff des Gemeingebrauchs, dem ein Verkehrsbegriff i.w.S. zugrundeliegt, kann Geltung nur noch in denjenigen Gebieten beanspruchen, in denen der bisherige Rechtszustand fortbesteht.

Aber auch dort ist nicht jede Straßennutzung gemeingebrauchlich. Zwar kommt es nicht auf den Zweck der Nutzung an, aber diese muß nach den geltenden Bestimmungen, ferner nach örtlicher Anschauung und Übung, als Gemeingebrauch anerkannt sein. Feste Maßstäbe lassen sich wegen der damit maßgeblichen örtlichen Gewohnheit nicht aufstellen. Unbrauchbar ist deshalb auch der Gesichtspunkt des "mittelbar oder unmittelbar dem Verkehr Dienens."

(412) vgl. oben S. 95 und Anm. 241.

Nicht mehr zum Gemeingebrauch gehören:

das Lagern von Baustoffen, Aufstellen von Gerüsten, Errichten von Bauzäunen, auch wenn es dem Besiedelungszweck dient,

das Aufstellen von Uhren- und Leuchtsäulen sowie Warenautomaten mit oder ohne festem Sockel, ferner Verkaufsbuden,

die vom Straßenverkehrsrecht an eine besondere Erlaubnis geknüpften Straßennutzungen.

- b) Der Anliegergebrauch unterliegt denselben Regeln wie der Gemeingebrauch. Hier ist durch ausdrückliche Vorschrift, wie etwa in § 16 Abs. 1 u. 2 des HambWG, die von der Rechtsprechung entwickelte Ausdehnung der Nutzung über die bloße Zufahrt von und zum Grundstück hinaus wieder ausgeklammert worden.
- c) Die Ausübung des Gemeingebrauchs ist ein Vorteil tatsächlicher Art. Er kommt dem einzelnen in seiner Eigenschaft als Teil des Publikums zugute. Die öffentliche Zweckbindung begründet weder ein Nutzungsrechtsverhältnis noch einen Anspruch des einzelnen auf Fortbestand der Widmung.
- d) Grundsätzlich ist der Gemeingebrauch unentgeltlich. Kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung kann er aber mit Gebühren belegt werden. Die Unentgeltlichkeit gehört deshalb nicht zum Wesen des Gemeingebrauchs. Dagegen darf sich weder der Eigentümer der Wegefläche für das Dulden des Gemeingebrauchs ein privatrechtliches noch ein öffentliches Entgelt ausbedingen, wie das eine Gebietskörperschaft auf dem Satzungswege theoretisch tun könnte.

III. Gegen die Neuregelung des Gemeingebrauchs in den Straßen- und Wegegesetzen, die nach 1949 erlassen worden sind, haben sich im Schrifttum zahlreiche kritische Stimmen zu Wort gemeldet.

- 1) Callsen (413) bezweifelt, ob ein Begriff des allgemeinen Verwaltungsrechts, wie der des Gemeingebrauchs, den die Rechtsprechung entwickelt habe, landesrechtlich abweichend geregelt werden dürfe (414). Weiterhin scheine es fraglich zu sein, ob der Gemeingebrauch auch für andere als Bundesstraßen auf den Verkehr im Sinne der Ortsveränderung eingeengt werden könne. Eine Bundesstraße des Fernverkehrs sei etwas völlig anderes als eine städtische Geschäftsstraße oder eine verkehrsarme Dorfstraße (415). Er meint schließlich, Art. 17 BayStrWG enthalte keine erschöpfende Regelung des Anliegerrechts, weil dort von der Anliegernutzung nicht die Rede sei. Zwischen dem Anliegerrecht und dem Gemeingebrauch sei grundsätzlich zu unterscheiden. Das zeige schon die Regelung der §§ 78-82, I, 8 prALR. Was dort als rechtens festgelegt worden sei, gelte auch heute noch in fast allen Städten und Gemeinden der Bundesrepublik (416).

v. Eisenhart/Rothe (417) sieht, in Übereinstimmung mit Callsen (418) und v. Rosen (419), soweit der Anliegergebrauch aus dem Gemeingebrauch herausgenommen und der "Sondernutzung nach bürgerlichem Recht" (420)

-
- (413) Münzautomat 59,77.
 - (414) a.a.O., S.78 r.H., III. unter Berufung auf Hammes, vgl. auch oben S.96 f. und Anm. 243.
 - (415) a.a.O., vgl. auch Förg Münzautomat 1959,154,172 r.H., V.1. und Zippelius DöV 58,838, 848 1.H.
 - (416) a.a.O., S.79 r.H./ 80 1.H.
 - (417) Münzautomat 1960, 1, 4 r.H., c).
 - (418) a.a.O., S.78 r.H., III.
 - (419) Wegegesetz, S.150, 152 r.H., V. 2.
 - (420) richtiger "sonstige Nutzungen", vgl. § 8 Abs.10 FStrG.

zugezählt wird, einen möglichen Verstoß gegen die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts (Art. 74 Ziff. 1 GG). Nach § 905 Satz 2 BGB habe der Eigentümer geringfügige Einwirkungen zu dulden. Die landesrechtliche Neuregelung begründe aber entweder eine öffentlich-rechtliche und damit zugleich gebührenpflichtige Sondernutzung oder aber, soweit der Gemeingebruch nicht beeinträchtigt werde, eine zwar bürgerlich-rechtliche, aber besonderer Erlaubnis bedürfenden "Sondernutzung" (Art. 22 BayStrWG, 420). Im letzteren Falle könne eine Gemeinde aber nach § 905 Satz 2 BGB, solange ein Ausschließungsinteresse nicht bestehe, weder den Gebrauch untersagen noch dafür ein Entgelt verlangen. Die Neuregelung unterstelle das Ausschließungsinteresse, obwohl es, da der Gemeingebruch nicht beeinträchtigt werde, in der Regel daran fehlen dürfte.

Förg (421) schlägt vor, den Begriff "Verkehr" im Sinne der bisherigen Rechtsprechung, also unter Hinzunahme der dem Verkehr unmittelbar und mittelbar dienenden Nutzungsarten auszulegen. Er weist darauf hin, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 6 Abs. 2, Satz 3 BayStrWG eine beschränkte Widmung ausdrücklich festzulegen und öffentlich bekanntzumachen sei. Solange das nicht geschehen sei, müsse davon ausgegangen werden, daß sich der Gemeingebruch auf alle - bisher üblichen - Nutzungsarten erstrecke, die nach der Verkehrsanschauung und -übung bei Straßen dieser Art bisher anerkannt gewesen seien.

Schätzel (422) geht auf die Entstehungsgeschichte des Bundesfernstraßengesetzes ein und meint, im Hinblick auf die am Ende der ersten Legislaturperiode

(421) a.a.O., S. 172 r.H., v.

(422) S. 57 ff., b).

des Deutschen Bundestages bestehende Zeitnot sei das genannte Gesetz weder entsprechend vorbereitet noch gründlich genug durchberaten worden (423). Eine Gebührenpflicht für den Gemeingebrauch einzuführen sei schlechthin rechtlich unzulässig, gleichgültig, ob dies einem Gesetz vorbehalten oder dadurch herbeigeführt werde, daß man den Gemeingebrauch durch eine andere Fassung des herkömmlichen Begriffs eingeengt habe (424).

Die Übernahme des für ein Spezialgesetz entwickelten Begriffs des Gemeingebrauchs in allgemeine landesrechtliche Bestimmungen sei bedenklich (425). Das Merkmal der Verkehrsüblichkeit dürfe nicht beseitigt werden (426). Auch der Gemeingebrauch - gemeint ist dessen bisheriger Umfang - sei durch Art. 14 GG geschützt (427), soweit nämlich vermögenswerte Ausstrahlungen des Anliegereigentums in Betracht kämen (428). Daneben bestünden auch rechtspolitische Bedenken (429) in der Richtung, daß die geschäftliche Entwicklung der Anlieger, insbesondere des davon betroffenen Mittelstandes, ohne Not beeinträchtigt werde (430).

Loening (431) ergänzt diese Ausführungen Schätzels. Auch öffentlich-rechtlich begründete Rechtspositionen könnten dann, wenn sie erst die Voraussetzung für eine privatrechtliche Betätigung schufen, unter den

(423) S. 61 unten

(424) S. 87

(425) a.a.O., S. 100

(426) a.a.O., S. 102, Zusammenfassung auf S. 114 ff.

(427) a.a.O., S. 114 ff.

(428) a.a.O., S. 116

(429) a.a.O., S. 138 ff.

(430) a.a.O., S. 140 f.

(431) Münzautomat 1960, 39.

Schutz des Art. 14 GG fallen (432). Hierzu gehöre die Rechtsstellung des Anliegers; nicht in der Teilnahme am Gemeingebrauch, sondern in der Gestalt, wie sie sich aus dem Anliegerbeitragsrecht ergebe (433). Durch das Einführen einer Erlaubnis- und Gebührenpflicht für bisher freien Anliegergebrauch werde in den Bestand der bisherigen Rechtsstellung des Anliegers enteignend eingegriffen, ohne daß im Gesetz eine Art. 14 GG entsprechende und zwingend vorgeschriebene Entschädigung vorgesehen sei (434). Bei der Tragweite und Schwere des Eingriffs sei diese Regelung auch deshalb verfassungswidrig, weil damit fiskalische Zwecke verfolgt würden (435).

- 2) Abgesehen von der Kritik an der Gesetzgebungsarbeit vor Erlass des Bundesfernstraßengesetzes richten sich die Angriffe also **nahezu ausschließlich** gegen den Landesgesetzgeber. Ihm wird zunächst in zweifacher Hinsicht eine Verletzung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes vorgeworfen.

Einmal soll die Beschränkung des Gemeingebrauchs auf den Verkehr im Sinne der Ortsveränderung ein bisher angeblich bundeseinheitlich geltendes Gewohnheitsrecht verletzen, sei es im Hinblick auf den Umfang des Gemeingebrauchs, sei es insbesondere die Anlieger-

(432) a.a.O., S. 40 r.H.

(433) a.a.O., b)

(434) ebenso v.Rosen a.a.O., S.152 r.H.,V.2. unter Berufung auf das Urteil des BGH v. 28.1.1957 (BGHZ 23,157), jedoch zu Unrecht. Der BGH hat sich a.a.O., S.165, 4. auf den Standpunkt der herrschenden Auffassung gestellt und ausgesprochen, der Anlieger habe sich nur in dem Umfang auf das Fortbestehen der tatsächlichen Vorteile seiner Lage verlassen können, wie auf den Gemeingebrauch selbst, vgl. oben S.85 f. und Anm. 364.

(435) a.a.O., S.41 r.H., d) und e).

nutzung. Darüberhinaus soll aber das Verschieben der Grenze zugunsten der erlaubnispflichtigen Sondernutzung, sofern dadurch eine bürgerlich-rechtliche Sondernutzung entsteht, gegen § 905 Satz 2 BGB verstoßen.

Ob eine Verletzung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes, die sich für das bürgerliche Recht aus Art. 74 Ziff. 1 GG ergibt, tatsächlich vorliegt, läßt sich an dem materiellen Gehalt der geregelten Materie ablesen, denn der Gesetzgebungskatalog des Art. 74 GG zählt abschließend und kasuistisch die dem Bund zustehenden Gesetzgebungsbereiche auf.

Der Landesgesetzgeber, z.B. im Falle des Bayer. Straßen- und Wegegesetzes, hat in erster Linie nicht Fragen des bürgerlichen Rechts, sondern das Recht der öffentlichen Straßen unter dem Rang der Bundesstraßen des Fernverkehrs regeln wollen (Art. 1 BayStrWG). Insoweit durfte er die bundeseinheitlich und damit als Bundesrecht weitergeltenden Bestimmungen des Straßenneuregelungsgesetzes vom 26. 3. 1934 aufheben. Dazu waren die Länder durch § 25 Abs. 2 FStrG ausdrücklich ermächtigt worden (436).

Die Frage, was unter den "sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs" (Art. 90 GG) zu verstehen ist, kann also dahingestellt bleiben (437), da der Bund auf eine weitergehende Regelung verzichtet hat.

Um diese Frage geht es den Kritikern mit ihrem Einwand, die Gesetzgebungskompetenz sei verletzt, auch garnicht. Sie glauben, die Kompetenz des Bundes sei durch die unkritische Übernahme der Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung, die ein angebliches Gewohnheitsrecht verletze, sodann durch Aus-

(436) vgl. BGH in VerwRspr. 6, 762, 763

(437) so auch Schätzel S. 96, 2. und Anm. 235.

wirkungen dieser Abgrenzung auf das bürgerliche Recht verletzt worden.

Wie schon ausgeführt worden ist (438), hat es einen bundeseinheitlichen, auf Gewohnheitsrecht beruhenden Inhalt oder feststehenden Umfang des Gemeingebruchs nie gegeben. Es besteht nur eine von der Rechtsprechung entwickelte Formel, die es ermöglicht, im Einzelfall die Gemeingebräuchlichkeit einer Nutzung festzustellen. Die Formel selbst kann deshalb nicht als Gewohnheitsrecht bezeichnet werden, weil sie ihrem Inhalt nach die Festlegung dessen, was im Rahmen des Üblichen noch zum Gemeingebrauch gehört, gerade nicht besagt, sondern das der örtlichen Anschauung und Übung, daneben deren Wandel nach der Entwicklung des Verkehrs und der Technik entnimmt. Der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich (439) ein etwaiges Gewohnheitsrecht, soweit es sich für das ganze deutsche Rechtsgebiet gebildet haben sollte, diesen örtlichen Anschauungen und Übungen vorgehen lassen, hält also die Formel selbst nicht für Gewohnheitsrecht.

Aber selbst wenn man von einem bundeseinheitlichen Gewohnheitsrecht ausgehen wollte, so müßte es dem formellen Gesetz weichen.

Soweit die neuen Straßen- und Wegegesetze der Länder eine zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes (Art. 74, Ziff. 22 GG) gehörende Materie geregelt haben sollten, so wäre dies nicht zu beanstanden. § 25 Abs. 2 FStrG enthält einen ausdrücklichen Verzicht des Bundesgesetzgebers auf eine eigene Regelung. Wenn die landesrechtlichen Bestimmungen nicht gegen gesetztes

(438) vgl. oben S. 99f., d),

(439) in VerwRspr. 9, 667, 669.

Bundesrecht verstoßen, dann liegt eine Verletzung der Zuständigkeit des Bundes zum Erlaß einschlägiger Gesetze nicht vor. Nach Art. 70 GG ist die Kompetenz der Länder gegeben, "solange und soweit der Bund nicht von seinem Recht Gebrauch gemacht hat" (Art. 72 Abs. 1 GG).

Für eine Verletzung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes infolge Aufhebung angeblichen Bundes-Gewohnheitsrechts durch Ländervorschriften bestehen daher keine Anhaltspunkte.

- 3) Schwerer wiegt der Einwand, die Übernahme der im Bundesfernstraßengesetz vorgeformten Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung wirke sich im Bereich des Landesrechts bürgerlich-rechtlich aus und verletze daher § 905 Satz 2 BGB. Es fragt sich also, ob der Landesgesetzgeber bei der Regelung von Fragen, die in seiner Gesetzgebungskompetenz liegen, darauf achten muß, ob sich Nebenwirkungen auf andere Rechtsbereiche ergeben, deren Regelung dem Bund vorbehalten ist.

Würde sich die Frage so stellen, dann wäre sie zu verneinen. Es handelte sich dann um das Problem der sog. "Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs", ferner der "implied powers" und der "Kompetenz aus der Natur der Sache". Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach (440) Stellung genom-

(440) zuerst im Gutachten zur Frage der Bundeskompetenz zum Erlaß eines BBauG - BVerfGE 3,407,419 ff.; vgl. hierzu im einzelnen Giese AöR 80,212; ferner BVerfGE 11,6,17 u. 89,98 f. sowie das Urteil im Fernsehstreit DVBl. 61, 240,243 l.H., 6b; hierzu Diller JR 61, 130 r.H./ 131 l.H. zu a) u. zu b).

men. Wie schon Giese (441) bemerkt hat, beruft sich das Bundesverfassungsgericht auf Anschütz (442) und erkennt zwar grundsätzlich eine Kompetenz aus der Natur der Sache kraft Sachzusammenhangs an. Wie Anschütz fordert es aber eine sachlich zwingende Notwendigkeit, den nach dem Buchstaben nicht in die Kompetenz fallenden Bereich "mitzuregeln".

Diese Maßstäbe gelten nicht nur für den Bundesbereich, für den die Frage entschieden worden ist, sondern auch für den Landesgesetzgeber. Er durfte also nur aus den genannten Gründen in den Kompetenzbereich des Bundes fallende Fragen mitregeln. Es kommt deshalb zunächst darauf an, ob sich aus den landesrechtlichen Bestimmungen Nebenwirkungen in das Gebiet des bürgerlichen Rechts ergeben können. Erst wenn diese Frage zu bejahen sein sollte, kann danach gefragt werden, ob dies zwingend geboten war.

Die neu erlassenen Straßen- und Wegegesetze der Länder wirken nicht in das Nachbarrecht des BGB hinüber; sie enthalten insbesondere keine davon abweichende Regelung dieses Bereichs. Vielmehr behalten sie, wie auch § 8 Abs. 1o FStrG im Bereich der Bundesfernstraßen, die rechtliche Ausgestaltung von Nutzungen, die den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen können, ausdrücklich dem bürgerlichen Recht vor (443). Übereinstimmend (444) gehen nämlich die Bestimmungen davon aus, daß diese Nutzungen außerhalb der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung, damit außerhalb der Widmung und der Duldungspflicht des Eigentümers liegen.

(441) a.a.O. S. 213, III. 1 u. S. 214, 2.

(442) so in den Entsch. DVBl. 61, 240 a.a.O. u. BVerfGE 11, 89 a.a.O.

(443) vgl. hierzu Nedden a.a.O., S. 833

(444) als Folge des gemeinsamen Musterentwurfs, vgl. oben S. 94, II. und die Nachweise in Anm. 237.

Deshalb muß hier Privatrecht gelten (445). Indem die Gesetze der Länder wie des Bundes auf das Privatrecht verweisen, ziehen sie die Konsequenzen aus den Grenzen der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße. Eine Verletzung der Bundeskompetenz ist daraus nicht ersichtlich.

- 4) In diesem Zusammenhang kann auf die Vorwürfe eingegangen werden, die sich gegen die Übernahme der Definition des Gemeingebrauchs in § 7 FStrG für das Landesrecht wenden (446).
- a) Ob dieses Vorgehen zweckmäßig ist, steht im gesetzgeberischen Ermessen, das nur in beschränktem Maße einer verfassungsgerichtlichen Nachprüfung zugänglich ist (447).

Dem Gesetzgeber gegenüber hat sich das Bundesverfassungsgericht Zurückhaltung auferlegt und will im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG nur prüfen, ob er "die äußerste Grenze seines Ermessens eingehalten und dieses nicht mißbraucht hat" (448). Mit Recht bemerkt aber Loening (449), Art. 3 Abs. 1 GG bedeute nicht, daß bisher rechtlich Gleichgeregelter vom Gesetzgeber auch weiterhin gleich behandelt werde. In der Tat enthält der Gleichheitssatz so, wie ihn nach dem Kriege erstmals der bayer. Verfassungsgerichtshof auslegte (450), was allgemeine Zustimmung gefunden hat (451), nur das Verbot, gleichgelagerte Tatbestände ohne schwerwiegende

(445) vgl. oben S. 79 f.

(446) vgl. aber die positiven Stimmen oben S. 106 f. 4a).

(447) BVerfGE 4, 7, 11 u. 18; 6, 32, 41 u. 55 sowie 71, II.

(448) BVerfGE 4, 7, 18

(449) a.a.O., S. 39 r.l.

(450) VGHE n.F., Teil II, S. 47

(451) BayVerfGH in VerwRspr. 1, 1, 2; Gutachten des BGH, abgedruckt in BGHZ 11 Anhang, S. 1, 2 und 34, 39.

sachliche Gründe rechtlich ungleich zu behandeln. Dieser Satz läßt sich nicht umkehren mit der Folge, daß bisher rechtlich Gleichbehandeltes auch weiterhin gleichbehandelt werden müsse.

Unter Berufung auf den Gleichheitssatz kann daher die unterschiedliche Behandlung sachlich verschiedener Nutzungsarten, wie es der Gemeingebrauch und die Sondernutzung an Straßen und Wegen ist; ferner die Abgrenzung der hierunter einzuordnenden, völlig verschiedenen Lebensvorgänge nicht beanstandet werden. Daher erscheint die Übernahme der bundesrechtlichen Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung in landesrechtliche Vorschriften nicht willkürlich.

Mit derselben Begründung, Art. 3 Abs. 1 GG werde durch die Neuregelung nicht verletzt, läßt sich auch die Rüge angeblich fiskalischen Handelns abtun.

- b) Die weitere Frage ist aber, ob die von der Neuregelung betroffenen Kreise nicht einen Anspruch auf Beibehaltung des bisherigen Zustandes haben, ob also der Gesetzgeber zwar nicht unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes, wohl aber unter dem des Art. 14 GG zu beanstanden ist. Es wäre da an die Beeinträchtigung eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes durch die Einschränkung des Gemeingebrauchs auf den Verkehr zu denken.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (452) bedarf es, um die zivilrechtlichen Haftungsfolgen auszulösen, keines Eingriffes in den Bestand des Unternehmens mehr. Auch die einzelnen Beziehungen, z.B. die Außenwerbung, sind - in gewissem Umfang und soweit sie Vermögenswert haben - auch ge-

(452) vgl. oben S. 67 und Anm. 115.

genüber hoheitlichen Eingriffen geschützt (453).
Läge also, wie behauptet, in der neuen Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung, die angeblich verschiedene Arten des Anliegergebrauchs zur Sondernutzung werden läßt (454), eine Enteignung, so wären diese Bestimmungen wegen Fehlens einer Entschädigungsvorschrift nach der bekannten "Junktimklausel" des Art.14 Abs.3, Satz 2 GG nichtig (455), da jene Bestimmungen eine Entschädigung überhaupt nicht erwägen. Die Entscheidung über deren Gültigkeit hängt also von der Frage ab, ob die neue Abgrenzung der Gebrauchsarten als Enteignung anzusehen ist oder nicht.

Loening bejaht diese Frage (456), m.A. nach jedoch zu Unrecht.

Die Ausführungen Loenings lassen die - an sich nahe-
liegende - Überprüfung des Sachverhalts darauf ver-
missen, ob die genannte Neuregelung nicht eine In-
haltsbestimmung des vermögenswerten Rechts am einge-
richteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im Sinne von
Art.14 Abs.1, Satz 2 GG darstellt. Dementsprechend
fehlt denn auch eine Auseinandersetzung mit dem Ent-
eignungsmerkmal des "Sonderopfers" (457), das einzel-
nen oder einer Gruppe auferlegt wird und gerade nicht
den Inhalt und die Grenzen des betreffenden vermö-
genswerten Rechts absteckt. Ein derartiges Sonder-
opfer fehlt hier. Vielmehr wird allgemein- für alle
Anlieger - festgelegt, welche Auswirkungen des Gewer-
bebetriebs auf die Straße unter den Gemeingebrauch
fallen und welche Sondernutzungen sind. Diese Inhalts-
bestimmung der vermögenswerten Beziehung des einge-
richteten und ausgeübten Gewerbebetriebes auf die

(453) vgl. oben S. 67, Anm. 116.

(454) vgl. oben S. 108 f., 110 ff.

(455) vgl. BVerfGE 4, 219, 228 ff.

(456) a.a.O., S.41 l.H., insbes. r.H.

(457) vgl. BGHZ 6, 270, 280 - 282.

Straße ist um höherer Interessen willen, nämlich der Offenhaltung der Straße wegen, erfolgt, weil die infrage kommenden Geschäftsstraßen ohnehin bereits durch den normalen Verkehr überlastet sind. Die Inhaltsbestimmung ist daher nach Art. 14 Abs.1, Satz 2 GG zulässig (458).

Ein Sonderopfer liegt auch nicht deshalb vor, weil alle Straßen, ohne Unterschied nach der Verkehrsdichte, darunterfallen. Nicht die stille Dorfstraße, sondern die städtische Geschäftsstraße ist für die Außenwerbung von Interesse. Insoweit ist nicht der einzelne oder eine Gruppe von Außenwerbungstreibenden betroffen, sondern alle, die sich damit beschäftigen. Keiner darf mehr, wie bisher im Rahmen des Gemeindegebrauchs, also ohne besondere Zulassung und unentgeltlich, die Straße für andere als Verkehrszwecke in Anspruch nehmen.

Aber auch dann, wenn man mit dem Bundesverwaltungsgericht den formellen Gesichtspunkt des Sonderopfers für einen ungeeigneten Maßstab für die Abgrenzung der Enteignung von der Inhaltsbestimmung des Eigentums ansieht (459) und statt dessen auf die materielle Schwere des Eingriffs abstellt, ändert sich das Ergebnis - keine Enteignung, sondern Inhaltsbestimmung - nicht.

Die Außenwerbung stellt nur eine einzelne Beziehung des geschützten Vermögensbereichs dar. Sie wird auch nicht gänzlich verboten, sondern bedarf - soweit öffentliches Recht infrage steht - einer besonderen Erlaubnis als Sondernutzung (460). In den Bestand

(458) vgl. BVerwGE 2, 172, 174.

(459) vgl. BVerwGE 5, 143, 145 f.

(460) Soweit die öffentliche Zweckbestimmung nicht beeinträchtigt wird, kommt ohnehin nur Privatrecht zur Anwendung, vgl. oben S. 108 ff.

des Betriebes wird ohnehin nicht eingegriffen. Die Beeinträchtigung der einzelnen Beziehung "Außenwerbung" bleibt - auf den ganzen Betrieb bezogen - in der Regel geringfügig. Es liegt also auch in materieller Hinsicht kein schwerwiegender Eingriff vor (461).

Schließlich wird für das Vorliegen einer Enteignung und nicht nur einer Inhaltsbestimmung des Eigentums als wesentlich angesehen, ob sich infolge des Eingriffs die Zweckbestimmung des Zugriffsobjekts geändert hat (462). Das ist beispielsweise gegeben, wenn ein bisher als Kinderheim dienendes Gebäude beschlagnahmt und künftig zur Unterbringung von Obdachlosen benutzt wird.

Die von der gesetzlichen Neuabgrenzung betroffenen Anlagen der Außenwerbung werden ihrem bisherigen Zweck nicht entfremdet. Das Merkmal der geänderten Zweckbestimmung ist also nicht erfüllt.

Die Rechtslage wäre aber auch dann dieselbe, wenn man mit einem Teil der Lehre annehmen wollte, auf den Gemeingebrauch habe der einzelne ein subjektiv-öffentliches Recht (463).

Zunächst dürfte es schon fraglich erscheinen, ob der Gemeingebrauch nach Art. 14 GG geschützt werden kann. Zwar hat der Bundesgerichtshof in dem bereits erwähnten Grundsatzurteil (464) zum Kreis der geschützten Güter auch diejenigen gerechnet, die öffentlich-rechtlicher Natur sind. Diese sehr weitgehende Auffassung hat das Bundesverfassungsgericht und, ihm

(461) Auch dann, wenn in Zukunft Gebühren zu entrichten sein sollten, vgl. oben S. 123, 6.

(462) vgl. v. Mangoldt-Klein, I, Anm. VII 2a zu Art. 14 GG, S. 440.

(463) vgl. oben S. 120 unten ff.

(464) vgl. Anm. 457.

folgend, das Bundessozialgericht (465) nicht geteilt (466), sondern unter Berufung auf die fast einhellige Meinung aus der Zeit vor 1933, wonach sich Art. 14 GG ebenso wie damals Art. 153 WRV nur auf private vermögenswerte Rechte bezieht (467), den Schutz des Art. 14 GG nur auf solche vermögenswerten Rechte öffentlich-rechtlicher Natur angenommen, deren Inhaber sie unter ähnlichen Umständen und unter Einsatz von Kapital und Wagnis erworben habe, anderenfalls fehle jeder vergleichbare Tatbestand eines vermögenswerten, eigentumsähnlichen Rechts (468).

Mit dieser Begründung müßte dem Gemeingebrauch - selbst wenn man ihn als subjektiv-öffentliches Recht auffaßt - der Schutz aus Art. 14 GG versagt werden. Die Anliegerbeiträge lassen sich nicht als Anhaltspunkt für den Kapitaleinsatz anführen. Sie stellen ihrer Natur nach ein Entgelt für die durch die Erschließung eingetretene Wertsteigerung des Anliegergrundstücks dar. Wollte man die Beschränkung des Gemeingegebrauchs auf den Verkehr als Einschränkung der Nutzbarkeit eines Grundstücks ansehen, so würde sie sich zwar auf eine rechtlich geschützte Beziehung, die Außenwerbung, erstrecken. Sie müßte aber mangels eines Sonderopfers, wegen ihrer Geringfügigkeit und der fehlenden Zweckänderung, mithin nach allen Entscheidungstheorien, als Inhaltsbestimmung des vermögenswerten Rechts hingenommen werden.

Im übrigen hat der Anlieger weder einen Anspruch darauf, daß die Gemeinde alsbald sein Grundstück erschließt, also die daran vorbeiführende Straße aus-

(465) BSG i. NJW 57,1691 mit zust. Anm. v. Dürig JZ 58,22 und Menger VerwA 49,186, ferner BSG v. 19.6.58 - 11/9 RV 1108/55 -, vgl. die Bespr. von Menger in VerwA 50,89 f.

(466) das "Schornsteinfegerurteil", BVerfGE 2,380.

(467) a.a.O., S.399; ebenso E 1,264,276; 4,219,240.

(468) BVerfGE 2, 380,401.

baue u.ä. (469), noch auf die Widmung dieser Straße zur öffentlichen (470), noch darauf, daß der Gemeingebruch auf der öffentlichen Straße im bisherigen Umfang weiterbestehe (471). Eine andere Auffassung hinsichtlich des Gemeingebruchs würde es der verantwortlichen Behörde unmöglich machen, den Gemeingebruch zu gewährleisten, wenn ihr ein dazu notwendiges Instrument fehlt (471a).

Nach einem neuerdings geprägten Begriff von der "Zeit als Faktor im Verwaltungsrecht" (472) kann sich niemand auf ein Recht berufen, etwa in unserem Falle den Gemeingebruch in der Weise ausüben zu dürfen, der unter ganz anderen Verkehrsverhältnissen einmal möglich und üblich gewesen ist. Darin liegt nun einmal das Eigentümliche der Rechtsfigur des Gemeingebruchs, daß er so flexibel gestaltet ist, um sich allen Wandlungen anpassen zu können. Soweit durch Begrenzung des Gemeingebruchs auf den Verkehr ieS die Grenze zu den Sondernutzungen neu gezogen worden ist, bedeutet das, genau genommen, keine Verschlechterung der bisherigen Rechtslage.

Unter allen angeführten Gesichtspunkten muß daher das angebliche Vorliegen einer "Enteignung" von Anlieger-"Rechten" verneint werden. Soweit die Außenwerbung durch die Einführung des Verkehrsbegriffs ieS überhaupt berührt wird, handelt es sich um eine im öffentlichen Interesse erfolgte Inhaltsbestimmung

-
- (469) vgl. § 123 Abs.4 BBauG, daneben auch keinen Anspruch auf die Aufstellung, Änderung usw. von Bauleitplänen, § 2 Abs.9 BBauG; durch die Erklärung zum Baugebiet würde das Grundstück ebenfalls an Wert gewinnen.
- (470) Das Gesetz - § 2 FStrG u. Art.6 BayStrWG - geht erkennbar von diesem Standpunkt aus; vgl.oben S.43 u. S.123.
- (471) vgl. oben S. 122, Anm. 386
- (471a) vgl. oben S. 93 vor 6.
- (472) v. Köhler 1, VerWA 50,213 ff., insbes. S.220,224 II.

des vermögenswerten Rechts auf Außenwerbung, die nach Art. 14 Abs.1, Satz 2 GG zulässig ist.

- 5) Callsen hat unter Berufung auf Art. 17 BayStrWG die These aufgestellt, Gemeingebrauch und Anliegergebrauch seien begrifflich verschiedene Dinge (473). Er könnte sich nunmehr u.a. auch auf § 17 HambWG berufen, das einen besonderen Anliegergebrauch kennt (474).

Bereits der Ausgangspunkt widerspricht der einhelligen Meinung, insbesondere der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts (475). Danach folgt die Anliegernutzung aus keinem anderen Rechtsgrund als dem Gemeingebrauch aller übrigen Benutzer.

Sein weiterer Satz, Art. 17 BayStrWG enthalte keine erschöpfende Regelung des Anliegerrechts, weil die Anliegernutzung darin nicht enthalten sei, beruht auf einem Mißverständnis. Wie schon ausgeführt worden ist (476), hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts scharf zwischen dem sogenannten "Anliegerrecht" und den Anliegernutzungen unterschieden; die letzteren sind nichts anderes als Gemeingebrauch. Es handelt sich dabei also um zwei grundverschiedene Dinge, die deshalb nicht in einer Vorschrift geregelt sein können, weil sie nicht miteinander zu tun haben.

Ähnliches gilt auch für den Vorschlag, die Bestimmungen der §§ 78 - 82, I 8 pr.ALK heranzuziehen (476a). Diese Vorschriften stehen im Gesetz unter der Über-

(473) vgl. oben Anm. 417.

(474) vgl. hierzu Schack DVBl. 61, 897, 899 III.

(475) vgl. oben S. 116 und Anm. 349, S. 118 u. Anm. 361.

(476) vgl. oben S. 115 f. unten

(476a) vgl. oben S. 99, Anm. 262.

schrift "Von den Einschränkungen des Eigentums beim Bauen", enthalten also in erster Linie materielles Baurecht; daneben verkehrspolizeiliche Vorschriften unter dem Gesichtspunkt der "Offenhaltung der Straße" (477). Sie betreffen also die bauliche Benutzbarkeit des Anliegergrundstücks, nicht die Benutzung des Straßengrundstücks zu Zwecken des Gemeingebruchs (478).

Aber wenn man sich auch auf den Standpunkt stellen wollte, Art und Ausmaß der Benutzbarkeit des Anliegergrundstücks seien nur das Gegenstück zur entsprechenden Pflichtigkeit des Straßengrundstücks, den Anliegern für die im Gesetz - §§ 78 - 82, 1 8 pr.ALR - bezeichnete Inanspruchnahme zu dienen, so handelt es sich doch um eine partiell-rechtliche Regelung, die über den Bereich des preußischen Allgemeinen Landrechts hinaus, insbesondere nicht in Bayern, gewohnheitsrechtlich gegolten hat (479). Der Vorschlag Callsens erscheint deshalb nicht annehmbar, weil er Anliegerrecht und Anliegernutzung entgegen der einheitlichen Auffassung miteinander vermengt. Die zur Begründung herangezogene preußische Regelung betrifft in erster Linie das Baurecht, nicht aber die Benutzung öffentlicher Straßen und Wege zu Verkehrszwecken. Sie hat zudem in den außerpreußischen Teilen Deutschlands nicht gegolten.

- 6) Als Ergebnis zu III. ist daher festzuhalten, daß die gegen die neuen Straßen- und Wegegesetze erhobenen Einwände nicht stichhaltig sind.

(477) vgl. hierzu RGZ 123, 181, 184 f.

(478) dieser Fragenkreis war in §§ 1 ff., II, 15 ALR geregelt.

(479) vgl. Förg a.a.O., S.156 l.H. unter Berufung auf die amtliche Begründung zu Art. 17 BayStrWG.

- G. Die anderen Straßennutzungen außerhalb des Gemeingebrauchs
- I. Eine Inanspruchnahme der Straße, die über den Gemeingebrauch hinausgeht und ihn zugleich beeinträchtigt, bezeichnet das Gesetz (480) als Sondernutzung (481).
- 1) Das Merkmal der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs ist zwar nicht in allen Bestimmungen ausdrücklich enthalten (482), es ist aber begrifflich notwendig und daher schon früher im Schrifttum als unterscheidendes Kennzeichen hervorgehoben worden (483).
 - 2) Daraus ergibt sich ein weiterer Unterschied gegenüber dem Gemeingebrauch:
-
- (480) vgl. § 8 Abs.1 FStrG; Art.18 Abs.1 BayStrWG; § 8 Abs.2, Satz 3 BerlStrG; § 2 Abs.1 Bremische Straßenordnung; § 2 Abs.5, Satz 3 Saarl.StrG; vgl. ferner § 18 Abs.2 hess.StrG; § 19 Abs.1 LStrG NRW.
- (481) Das saarländische Gesetz spricht von "Sondergebrauch". Es beruht nicht auf dem von einer Kommission der Länder gemeinsam erarbeiteten Entwurf - vgl. oben Anm.237 -, durch die Einführung des FStrG im Saarland - vgl. das Überleitungsgesetz v. 23.12.1959 (BGBl.I S.797) und die saarl.DVO hierzu v. 9.3.1960 (ABl.S.217) - wird aber die Rechtslage nach und nach der im übrigen Bundesgebiet angeglichen.
- (482) ausdrücklich in Art.18 Abs.1 BayStrWG; § 18 Abs.1 hess.StrG; § 19 Abs.1 LStrG NRW, die alle auf den gemeinsamen Länderentwurf zurückgehen, vgl. aber auch § 10 Abs. 2 BerlStrG, das als Sondernutzung solche Wertanlagen bezeichnet, die in die Straße eingreifen. Das Gesetz nimmt also an, darin liege eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs und stempelt diese Nutzung zur Sondernutzung; vgl. auch § 2 Abs.5, Satz 4 saarl. StrG.
- (483) Diese Unterscheidung geht auf v.Dassel zurück (Fiz 76, 1,20). Ihm folgen Förg a.a.O., S.156 r.H.,3.; Marschall, Anm.1 zu § 8 FStrG, S.130 unten; Scheuner RVBl.a.a.O. S.733 r.H.; ferner Nedden DVBl.60,832,833 L.H.; Schmidt Fiz a.a.O., S.49; Zippelius a.a.O., S.846 r.H.: ähnlich auch BGHZ 21,319,330 und BVerwGE 4,342,344.

Die Sondernutzung steht nicht jedermann, also dem Publikum, frei, sondern ist von einer Erlaubnis (484) öffentlich-rechtlicher Natur (485) abhängig. Sie wird vom "Wegeherrn" (486), auch "Wegebehörde" genannt (487), der "Wegepolizei" früheren pr.Rechts (488) erteilt.

Für die freien Strecken ist das die Straßenbaubehörde (489), in Bayern "Träger der Straßenbaulast" genannt (490). für die Ortsdurchfahrten sind grundsätzlich die Gemeinden zuständig (491).

-
- (484) Maunz Hauptprobleme S.209 u.ö.; Staudinger-Seufert, Anm.10c z. § 905 BGB, S.407 f. (Anliegernutzung) sagen: "Auch rechtlich kann nicht Gemcingebrauch sein, was besonderer Erlaubnis bedarf"! Aus der Zulassung zum Gebrauch folgert Laue VerwA 34,322 unten, die Erlaubnis sei übertragbar. Hiergegen schon Maunz a.a.O., S.277,5. Wie Maunz auch OVG Hamburg DVBl.57,548; Bochalli VerwR. I, S.94 Fußnote 25aE; ebenso das positive Recht, vgl. § 10 Abs.4, S.2 BerlStrG.
- (485) Inwieweit daneben noch die Zustimmung des Privateigentümers erforderlich ist, wird noch zu untersuchen sein. Unabhängig davon ist die Erlaubnis öffentlich-rechtlich, vgl. BVerwGE 4,342,343 unter Berufung auf BGHZ 21,319, 330 f., und zwar auch dann, wenn die Behörde zugleich Eigentümerin der Wegefläche sein sollte.
- (486) BGHZ 15,113,116; Eiser-Riederer V S.16; Forsthoff S.345; Jellinek S.511,4 b); Nebinger S.110; f.d.württ.Wege-recht WürttVGH RVBl. 34,659; Nedden NJW 56,81,82 1.H.
- (487) vgl. § 30 Abs.1 bad.StrG u. § 3 bad.PolVO v. 28.8.1935, dazu WüBadVGH 1. VerwRspr. 7,470,473 u. 475, II.
- (488) Eiser-Riederer V S.11, c) a. - Zur Wandlung des Polizeibegriffs im Wegerecht vgl. Nedden DöV 59,844.
- (489) vgl. § 8 Abs.1, S. 1 FStrG.
- (490) Art.18 Abs.1 BayStrWG; ebenso § 19 Abs.1 LStrG NRW.
- (491) § 8 Abs.1 FStrG; Art.50 BayStrWG; Bochalli a.a.O., S.95, 4. Den Begriff der Ortsdurchfahrt bestimmen: § 5 Abs.3 FStrG; Art.4 BayStrWG; § 7 hessStrG; § 5 LStrG NRW.

Da die Straßenbaubehörden die Aufgabe haben, dafür zu sorgen, daß die Straßen in einem Zustand sind, der den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht, müssen sie auch Einfluß auf die an der Straße bestehenden Sondernutzungen haben. Deshalb wird die Erlaubnis zur Sondernutzung von ihnen erteilt oder versagt.

- 3) Die Sondernutzung an Straßen und Wegen ist öffentlich-rechtlicher Natur, wie jetzt eindeutig feststeht (492). Soweit der frühere Rechtszustand noch weitergilt, läßt sich dasselbe zwar nicht ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift, aber doch dem allgemeinen Satz entnehmen, wonach sich eine Behörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben hoheitlicher Mittel zu bedienen pflegt (493). Trotzdem war die Rechtsnatur der Sondernutzung bislang sehr umstritten.

Das Reichsgericht hatte ursprünglich, worauf Eiser-Riederer in diesem Zusammenhang hinweisen (494), die sogenannten "Zustimmungsverträge" gem. § 6 des früheren preußischen Kleinbahngesetzes (495) als solche des privaten Rechts angesehen (496), diese Ansicht später aber dahin abgewandelt, daß die Nutzung öffentlich-rechtlich, der Vertrag im übrigen privatrechtlich zu werten sei (497).

- (492) für das Bundesrecht aus dem Zusammenhang des § 8 FStrG zu entnehmen. Trotzdem jetzt wieder anders BGH i.DVB1. 61,46 m.krit.Anm. Nedden DVB1.61,249. Zum gleichen Ergebnis wie der BGH kommt Menger VerwA 52,196,203. In Bayern ausdrücklich Art.18 BayStrWG, womit die Entscheidung des BayVGH v. 18.9.1952 (BayBü 53,164) nicht gebilligt worden ist, vgl. Schack VerwA. 54,43,45 f. u. Anm.13 in Abs.2.
- (493) BGH 1. NJW 52,466,467 1.H. ähnlich auch BVerwG i.DVB1. 61,207,208 1.H.
- (494) vgl. V S. 15.
- (495) v. 28.7.1892 (PrGS S.225).
- (496) RGZ 40,280,283; 88,14,16; anders, weil auf öffentl. Bahngeleisen RGZ 68,370,373.
- (497) RGZ 92,310,311; 97,18,20; 108,204 zust.Sommer DVB1. 51,227 1.H.

Die anfängliche Meinung des Reichsgerichts beruhte auf der Ansicht, die über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung an der Straße sei nicht von deren öffentlich-rechtlicher Zweckbestimmung, sondern von dem an ihm fortbestehenden Privateigentum abzuleiten (498).

Daran ist jedenfalls so viel richtig, daß sich die öffentliche Zweckbestimmung auf den Gemeingebrauch beschränkt (499). Der Eigentümer hat also, wie oben bereits ausgeführt worden ist (500), nur den Gemeingebrauch, nicht aber die darüber hinausgehenden Nutzungen ohne weiteres zu dulden.

In seinen späteren Entscheidungen hat das Reichsgericht den neben und hinter der nur privatrechtlichen Zustimmung (501) des Eigentümers liegenden öffentlich-rechtlichen Gehalt der Zustimmungsverträge erkannt und ausgeführt, der Zweck und der Hauptinhalt eines solchen Vertrages sei es, dem Bahnunternehmer eine Nutzung des öffentlichen Weges zu sichern,

(498) RGZ 88,14,18

(499) Diese Ansicht hat das Reichsgericht entgegen Eiser-Riederer, V S.12 nicht aufgegeben; die von Eiser-Riederer a.a.O. genannten Belege - BGH-Urt. v.30.4.1953 = BGHZ 9,373 und v.14.7.1953 = NJW 53,1705 - bestätigen die Behauptung nicht.

(500) vgl. oben S.78 sowie Anm. 163 und 171.

(501) Der öffentliche Dienst geht vor. Er kann und darf durch die privatrechtlichen Verfügungen des Eigentümers nicht beeinträchtigt werden - Fleiner S.358, ihm folgen Eiser-Riederer V S.15. Die Zustimmung des Eigentümers vermag die öffentlich-rechtliche Erlaubnis nicht zu ersetzen, Eiser-Riederer V S.16, Forsthoff S.345, Jellinek S.511 4.b). Ist eine Gemeinde zugleich Wegeherr und Eigentümerin des Straßenlandes, dann kann sie ihre Zustimmung nach Ansicht des BGH (Z 19,85,91) auch privatrechtlich geben - ebenso Nedden NJW 56,81, 82 I.H.,Anm.13a. Duldet der Wegeherr eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung, so liegt darin noch kein privatrechtliches Gewähren des Gebrauchs - BGH a.a.O., S.92; hierzu Nedden NJW 56,470,471 I.H.

die nicht nur weit über den Gemeingebruch daran hinausgehe, sondern auch eine gewisse Beeinträchtigung des Gemeingebruchs für andere Benutzer mit sich bringe. Der Wegeunterhaltungspflichtige verfüge durch die Erteilung seiner Zustimmung zu einer solchen Benutzung über den Weg in seiner der Öffentlichkeit dienenden Bestimmung. Die Zustimmungserklärung enthalte also eine weitere Erklärung unzweifelhaft öffentlich-rechtlicher Art (502).

- II. Wenn trotzdem gesagt werden kann, das Reichsgericht habe sich zu dem Grundsatz bekannt, der Gemeingebruch sei von dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Sache, das Sondernutzungsrecht aber vom Privateigentum abzuleiten (503), so beruht das darauf, daß erst die neuen Straßengesetze den öffentlich-rechtlichen Charakter der Sondernutzung klar herausgestellt und damit eigentlich zum ersten Mal den

(502) zitiert nach RGZ 92,310,311.

- (503) Forsthoff S.345 unten/346 oben m.weit.Nachw.in Anm.8. Er legt dabei aber seine eigene, bereits besprochene - vgl. oben S.106 f. u. Anm.297 - Auffassung vom Umfang der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße zugrunde. Vgl. außerdem RGZ 42,205,208; 88,14,16; RGJW 28,502,503 r.H.; RGZ 123,181,185; 125,108,111; 132,398,402; für das thür.Recht RGZ 150,216,225; ferner BGH Z 15,113,116; 19,85,92;-offengelassen in BGHZ 22,395,398, worauf Ganschezian/Fink hinweist - NJW 57,285,286 l.H.,c); ferner Wolff, 2.Aufl.S.292, c) u. 293, 2. Nedden - NJW 56,81 r.H. (ihm folgen Elser-Riederer V S.15 unter Berufung auf Sommer a.a.O.) - meint zu Unrecht, die Rechtsprechung habe sich wohl niemals so klar auf den genannten Standpunkt gestellt. Das ist nicht richtig. RGZ 88,14,16 und BGHZ 15,113,116 sprechen ausdrücklich von der genannten Ableitung der Nutzungen. Aber auch andere Entscheidungen, die das nicht tun, wie RGZ 42,205,208; RGJW 28,502,503 r.H.; BGHZ 19,85,92 und BGHZ 22,395,398 wollen den Eigentümer nur den Gemeingebruch dulden lassen, nehmen also die gleiche Einteilung vor.

Begriff "Sondernutzung" geprägt haben (504).

- 1) Davon sind nämlich die "sonstigen Nutzungen" (505), die "Sondernutzungen nach bürgerlichem Recht" des Art.22 BayStrWG (506) zu unterscheiden, die sich den Sondernutzungen gegenüber dadurch auszeichnen, daß sie außerhalb der Zweckbestimmung der Straße liegen, den Gemeingebrauch und damit den Widmungszweck der Straße nicht beeinträchtigen können und auch außerhalb der mit der Zustimmung zur Widmung begründeten Duldungspflicht des Eigentümers liegen. Da eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs nicht zu befürchten ist, bedarf es keiner Mitwirkung des Wegeherrn (507). Aus dem gleichen Grunde hat der Gesetzgeber von einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Gebrauchsart abgesehen.

- 2) Während also nach dem Recht des Bundesfernstraßengesetzes und des Bayer- Straßen- und Wegegesetzes neben der öffentlich-rechtlichen Sondernutzung die privatrechtlichen "sonstigen Nutzungen" stehen - beide jenseits der öffentlichen Zweckbestimmung der

-
- (504) Früher gab es eine Anzahl von nicht übereinstimmenden Bezeichnungen, wie "Sonderbenützung" - Württ.VGH RVBl. 34,659 r.H. und Nebinger S.109 f., sowie Art.21 Abs.2 WürttBauO (vgl. oben S.38) - "Sondergebrauch" - Peters S.210 f., III. und Wolff a.a.O., S.292 f., die damit einen eigenen Oberbegriff für von ihnen verschieden bezeichnete und abgegrenzte Unterarten schaffen, - "Sondernutzung" - Wolpert S.7.
- (505) § 8 Abs.10 FStrG, ferner § 23 Abs.1 hess.StrG. und § 24 LStrG. NRW
- (506) Diese Wortprägung ist mißverständlich; zu ihrer Auslegung vgl. Nedden DVBl.60,832,833 1.H.
- (507) Eine Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer für Zwecke der öffentlichen Versorgung bleibt dabei außer Betracht, vgl. § 8 Abs.10 FStrG, Art.22 BayStrWG, § 23 Abs.1 hessStrG, § 24 LStrG NRW. Darunter fällt z.B. das Verlegen von Versorgungsleitungen, dafür war früher eine "Konzession" erforderlich war, vgl. die Ausf. unten S. 155, 3).

Straße zum Verkehr - wurde früher hauptsächlich von Gebrauchserlaubnis und Nutzungsverleihung der sogenannten unechten "Konzession" (508) gesprochen.

Diese Einteilung geht auf Otto Mayer (509) zurück. Der auf Grund besonderer Erlaubnis (510) gestattete Gebrauch ("Erlaubnisgebrauch" (511)) begründet - nach heutiger Rechtsprache - einen öffentlich - rechtlichen Besitzstand (512), wird nach Ermessen von der Behörde erteilt und ist widerruflich. Unter diese Gebrauchsart sind gerechnet worden: das Aufstellen von Verkaufsständen (Kiosken) mit oder ohne festem Unterbau (513), das Errichten von Bauwerken und Gebäudeteilen, die nennenswert in den Luftraum

-
- (508) gegen diesen Ausdruck Maunz, Hauptprobleme, S. 272 f.
- (509) 3. Aufl., Band II, S. 165 ff. (Gebrauchserlaubnis) und S. 181 ff. (Nutzungsverleihung).
- (510) Es wird zwar die Ansicht vertreten, wenn die Benutzung einer Straße eine besondere Erlaubnis voraussetze, könne nicht mehr von Gemeingebrauch gesprochen werden - vgl. oben S. 148 Anm. 483 -; das ist aber nur für die wegerechtliche Erlaubnis zutreffend. Eine baupolizeiliche Erlaubnis besagt z. B. nur, daß in baurechtlicher Hinsicht keine Bedenken bestehen - vgl. BGHZ 22, 395, 398 m. weit. Nachw., sie besagt nichts über eine wegerechtliche Zulässigkeit für das Aufstellen von Bauzäunen, Kränen und das Lagern von Baumaterial auf der Straße; vgl. oben S. 109 u. Anm. 316.
- (511) den Ausdruck verwendet Maunz, Öfftl. Sachen, S. 19 bb).
- (512) Wolff a. a. O., S. 289 spricht von einer "Verstattung" - vgl. oben S. 120 u. Anm. 371 f. - Maunz, Öfftl. Sachen, S. 17, b), von einem "rechtlich-geschützten Interesse" (des Anliegers). Damit ist im Falle der Beeinträchtigung oder des Widerrufs die verwaltungsgerichtliche Klage gegeben - vgl. oben S. 122 u. Anm. 387. Zur Gebrauchserlaubnis vgl. im einzelnen Maunz a. a. O., S. 19 aa) und WüBad VGH in VerwRspr. 4, 362, 369; 6, 569, 9, 968, 970, ebenso - hinsichtlich der Widerruflichkeit des Besitzstandes - schon v. Almsick, S. 10, der von "prekariästem" (= widerruflichem, vgl. Heumann-Seckel, S. 456 I. H., Stichwort "precarius" unter 2) Besitz spricht.
- (513) WüBad VGH a. a. O.

über der Straße hineinragen (Erker, Balkone) (514), also entweder geringfügige oder nur vorübergehende Gebrauchsarten (515) an der Straße, die aber andererseits keinen Verkehr auf ihr darstellen.

- 3) Demgegenüber gewährt die Nutzungsverleihung für - angeblich besonders intensive (516) - Straßennutzungen von Dauer (517), wie dem Verlegen von Schienen, Kabeln und Röhren in den Untergrund der Straße und dem Überspannen der Straße mit Leitungen für Versorgungs- und Nachrichtenzwecke (Telegraphenleitungen, Antennen), ein subjektiv-öffentliches Recht (518).

Für Otto Mayer lagen alle diese Straßennutzungen - und damit die hierfür erteilte Erlaubnis -, die er von einem "öffentlichen Eigentum" ableitete (519), folgerichtig sämtlich im Bereich des öffentlichen

(514) Fleiner S.378, 2., Forsthoff S.344/45, Maunz a.a.O.

(515) Maunz a.a.O. und Nebinger S.109, 2.a).

(516) Vgl. Anm. 507. Sie sind jetzt, da sie den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen, dem bürgerlichen Recht überlassen, vgl. Marschall FStrG, Anm. 2 zu § 8, S. 131; für das württ. Wegerecht schon Württ. VGH in RVBl. 34, 659 und Nebinger S. 111. Anders BGHZ 15, 113, 117, Huber a.a.O., S. 133 r.H., Staudinger-Seufert Anm. 10 f) zu § 905 BGB, S. 410.

(517) vgl. Nebinger S. 110, 2.b). Heute blickt man nicht auf die Nutzung selbst, sondern auf die Störung des Gemeingebrauchs, wenn man die vorübergehende Beeinträchtigung beim Verlegen außer Betracht läßt. Vgl. Anm. 507

(518) Maunz a.a.O., S. 20, bb) und Nebinger S. 113, II. 1. Obwohl nach neuerer Anschauung auch die Gebrauchserlaubnis nicht jederzeit widerrufen werden kann - vgl. Württ. VGH in VerwRspr. 4, 362, 373 -, wollte man dem Unternehmer, der mit dem Verlegen von Leitungen ein erhebliches finanzielles Wagnis einging, durch Verleihung des s.-ö. Rechts verwaltungsgerichtlichen Schutz gewähren.

(519) hierzu ausführlich Forsthoff S. 329 ff. in Anm. 3.

Rechts (520). Seine Einteilung der Nutzungen in drei Gruppen, nämlich Gemeingebrauch, Gebrauchserlaubnis und Nutzungsverleihung, haben andere Schriftsteller und auch die Rechtsprechung übernommen, nicht jedoch ihren Ausgangspunkt, das öffentliche Eigentum (521). Die herrschende Ansicht, die in der öffentlichen Sache ein "objet mixed" sieht (522), hatte deshalb große Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Nutzungsarten. Die klare Ableitung aus dem öffentlichen Eigentum nach Otto Mayer war nicht mehr möglich. In der Beibehaltung der Terminologie Mayer's bei gleichzeitiger Ablehnung ihrer theoretischen Grundlagen dürften die Gründe für die Unübersichtlichkeit der von der Rechtsprechung gewonnenen Ergebnisse zum Gemeingebrauch und den Widersprüchen in der Lehre zur Rechtsnatur der über den Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzungen, etwa zur Frage der erforderlichen Mitwirkung des Eigentümers, zu suchen sein (523).

- 4) Einen bemerkenswerten Schritt zur Lösung all dieser Fragen unternahm § 3 des Gesetzes vom 26.3.1934 (524). Die Befugnisse des Eigentümers wurden "zur Ausübung" auf den Träger der Straßenbaulast" übergeleitet. Diese Vorschrift zielte auf die "Sonder-

(520) Zippelius a.a.O., S.846 l.H., VI.

(521) vgl. die Entsch. des S.OVG Jb 15,175,185, worin es die zeitweilig vertretene Auffassung vom öffentl. Eigentum angesichts der allgemeinen Ablehnung wieder aufgab.

(522) vgl. oben S.79 und Anm.166. Nach dieser Lehre enthält die Sondernutzung sowohl privatrechtliche wie öffentlich-rechtliche Elemente; vgl. Eiser-Riederer V S.15, v.Rosen Wegegesezt S.15c,151 l.H., 2.c).

(523) vgl. v.Turegg NJW 51,591,III. Er meint, eine endgültige Stellungnahme zur Lehre Otto Mayers sei angesichts der Unübersichtlichkeit und der Angrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall nicht mehr zu umgehen. Sie ist inzwischen durch das FStrG und die entspr. Ländergesetze erfolgt.

(524) vgl. oben S.39, Anm.29a und Maunz ZAKfDR S.645 r.H.

nutzungen" (525), erfaßte aber auch die "sonstigen Nutzungen" nach heutigem Recht, wie Abschneiden des Grasses und Abernten der Obstbäume am Straßenrand (526), eine zur Klarstellung vielleicht, zur Sicherung des Gemeingebrauchs nach heutiger Anschauung sich nicht gebotene Zwecküberschreitung.

Die nach § 22 der Durchführungsverordnung (524) vorgesehene Überlassung der Nutzungen an den Eigentümer bedeutete zudem keine Wiederherstellung seiner privatrechtlichen - Befugnisse, sondern erfolgte kraft des neu entstandenen öffentlichen Rechts, war also selbst öffentlich-rechtlicher Natur (527). Das Straßenneuregelungsgesetz ging deshalb in zweifacher Hinsicht über ein "sachlich erforderliches und nach rechtsstaatlichen Grundsätzen vertretbares" Maß der Einschränkung von Befugnissen des Eigentümers hinaus. Nach heutiger Rechtsanschauung enthält die Übertragung der Befugnisse des Eigentümers "zur Ausübung" gemäß § 3 des Gesetzes eine Enteignung (528), da dem Eigentümer nichts als das "nudum ius" verbleibt (529). Das hat der Bundesgerichtshof (530) deutlich gemacht, wenn er auch wegen der "Einstweiligkeit" des Gesetzes (531) davon abgesehen hat, zu dieser Frage endgültig Stellung zu nehmen.

-
- (525) vgl. Sievers RVBl.1939,217,218 l.H.; Todt ZAKfDR 1937, 622,624 l.H.,2.
- (526) nach heutiger Anschauung zu Unrecht als "Sondernutzung" bezeichnet, vgl. oben S.153,1.). Ungenau insoweit Bochall, VerwR.I.S.92,11.a.E. Anders früher, vgl. v. Almsick S.9 u.13, sowie Sievers a.a.O., S.219 l.H.
- (527) vgl. BGH in VerwRspr. 6,762,765.
- (528) vgl. die Beschränkung in Art.13 Abs.1 BayStrWG: "wenn es die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs erfordert".
- (529) Eiser-Riederer V S.13 u. Maunz öffentl.Sachen, S.9,4.
- (530) a.a.O.
- (531) Immerhin hat der "einstweilige Zustand" allein für die jetzigen Bundesstraßen des Fernverkehrs fast 20 Jahre lang gedauert; in den Ländern, die noch keine neuen Straßengesetze erlassen haben, dauert er für die betroffenen Eigentümer noch an.

Der andere Grund - Übertragung auch der sonstigen Nutzungen zur Ausübung - belastet den Eigentümer des Straßengeländes mehr, als der Sache nach erforderlich wäre. Diese Nutzungsart vermag den Gemeingebrauch nicht zu beeinträchtigen. Ihre Übertragung auf den Straßenunterhaltungspflichtigen fördert demnach nicht den Zweck des Gesetzes, eine Mitwirkung des Eigentümers bei der Erteilung von Gebrauchs-erlaubnis und Nutzungsverleihung auszuschalten.

Heute fallen diese Nutzungen wieder in den Bereich des Privatrechts (532) (533).

- 5) Bedenklich erscheint daher § 2 Abs.1 lit. b) der Bremischen Straßenordnung (534).

Darin ist eine - wegerechtliche - Erlaubnis für Werbeträger vorgesehen, "die nur in den Luftraum des öffentlichen Weges hineinragen". Hier wird einfach-
hin unterstellt, daß es sich um eine Inanspruchnahme der Straße handelt, die den Gemeingebrauch beeinträch-
tigen kann. Davon abgesehen gehört die vorgesehene Erlaubnis genau besehen in den Bereich des Baurechts.

In dieser Weise ist die Hansestadt Hamburg schon vor einiger Zeit mit dem Erlaß eines Gesetzes über die Werbung an Brücken verfahren (535). Dieses Ge-
setz, das in einem einzigen Paragraphen jegliche Außenwerbung an Brücken verbietet, ist unter dem Eindruck der bereits erwähnten Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rechtsgültigkeit

(532) vgl. oben S.153, Anm. 505.

(533) früher schon nach württ. Recht, vgl. Anm.516.

(534) Bekanntlich hat das OVG Bremen - DVB1.62,644 - die §§ 1 Abs.2 lit. c) u. § 2 Abs.2, Ziff.4 wegen Verstoßes gegen § 16 StV für ungültig erklärt.

(535) v. 1.10.1957 (GVBl. S.442).

der heute weithin aufgehobenen Baugestaltungsverordnung (536) erlassen worden (537). In einer neuerlichen Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht (538) das Gesetz als gültig angesehen, unter anderem auch deshalb, weil es die Frage der Außenwerbung an Brücken unter dem zutreffenden Gesichtspunkt der Baupflege behandelte (539).

Die Bremische Straßenordnung dagegen behandelt diese Frage nicht nur im Straßen- und Wegerecht, sondern verhindert durch die oben erwähnte Unterstellung eine Prüfung im Einzelfall, ob eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs vorliegt.

Aber selbst wenn man annimmt, die Bremische Straßenordnung sehe in der Außenwerbung keine Sondernutzung, sondern eine privatrechtlich zu behandelnde sonstige Nutzung, dann ist die Benutzung des Privateigentums in einem Zusammenhang geregelt, in den sie nicht hineingehört. Außerdem müßte unterstellt werden, daß die Hansestadt Bremen Eigentümerin des gesamten Straßenlandes in Bremen ist.

- 6) Bereits der Gesetzgeber des Jahres 1934 hat im Straßenneuregelungsgesetz den bisherigen Standpunkt der Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, die Gebrauchserlaubnis und die Nutzungsverleihung teils öffentlich-rechtlich, teils privatrechtlich zu sehen, nicht bestätigt, sondern korrigiert. Die Berichtigung bezieht sich aber nur auf die im Gesetz näher bezeichneten Straßenarten (540).
- Deshalb kann der teilweise im Schrifttum vertrete-

(536) vgl. oben S.36 Anm. 26

(537) vgl. oben S.36 Anm. 28

(538) v. 29.8.1961, NJW 62,552,553 I.H.

(539) a.M. Schneider BB 60,194,197 VI.

(540) vgl. § 1 a.a.O.

nen Ansicht (541) nicht gefolgt werden, die den Erlaubnisgebrauch (542) für alle Straßen noch zur öffentlichen Zweckbestimmung rechnet mit der Folge, daß der Eigentümer weder bei der Erteilung der Gebrauchserlaubnis mitzuwirken hat, noch privatrechtlich zustimmen muß (543), um den Straßengebrauch auch insoweit rechtmäßig zu machen. Vielmehr bedurfte es für die zivilrechtliche Gültigkeit der an der Straße eingeräumten Nutzungen außerhalb des Gemeingebrauchs für diejenigen Straßen, die nicht unter das Gesetz vom 26. 3. 1934 fallen, schon nach bisherigem Recht in den meisten deutschen Ländern (544) der Zustimmung des Eigentümers. Das gilt insbesondere für die städtischen Geschäftsstraßen, an und auf denen meist Außenwerbung betrieben wird (545).

- (541) Eiser-Riederer V S.13, Forsthoff S.345, Frank S.445, Friedrichs, Handwörterbuch Bd.6, S.831 r.H.; mit anderer Einteilung, inhaltlich aber ähnlich Huber a.a.O., S.13o r.H.; offengelassen bei v.Köhler II, S.2o6 und Köttgen S.13o ("unter Umständen"), ferner wohl auch List, Energierecht S.53 ("wird durch den Herrn der öffentlichen Sache bestimmt"), anders in Verwaltungsrecht S.162; wie hier Marschall FStrG, Anm.4 zu § 2, S.35; Nau S.13 in Anm.54 ("aber nicht unentgeltlich"); für das württ.Wegerecht Württ.VGH a.a.O. und Nebinger S.1o5, III. Außerdem Peters S.211, Scheuner RVBl.37, 729, 731; Schmidt FiZ 47, 153; Sievers a.a.O., S.218 l.H. für die unter das Ges. v. 26.3.1934 fallenden Straßen; v. Turegg a.a.O., Wolff a.a.O., S.292, jedoch nicht für die von ihm "gesteigerten Sondergebrauch" genannte Nutzungsverleihung.
- (542) vgl. Anm. 511.
- (543) so ausdrücklich Giese, Verwaltungsrecht, S.73 und Giese-Neuwiem-Cahn, S.91
- (544) nicht in Württemberg, vgl. Württ.VGH a.a.O. und - vom Boden des Ges. v. 26.3.1934 aus - Nebinger S.111; ferner nicht in Sachsen - vgl. S.OVG FiZ 76, 3o3; RGZ 118, 91, 93 und RGRK, 11. Aufl., Anm.11 zu § 9o5 BGB (Pritsch)
- (545) Schon unter der Geltung des Ges. v. 26.3.1934 fielen sie nicht darunter. An ihnen ist vielmehr der bisherige Rechtszustand bestehen geblieben - Sievers a.a.O., S. 219 l.H. und Todt a.a.O., S.624 l.H., 2.

III.

Nach § 8 Abs. 2, Satz 1 FStrG darf die Erlaubnis für den Gebrauch der Bundesfernstraßen zur Sondernutzung nur auf Zeit oder auf Widerruf erteilt werden (546). Wird die Erlaubnis widerrufen oder die öffentliche Straße für den allgemeinen Verkehr gesperrt, wird sie umgestuft, geändert oder eingezogen, so hat der Erlaubnisnehmer keinen Ersatzanspruch gegen die Behörde (547). Damit wird einmal klargestellt, daß der Begünstigte kein vermögenswertes Recht im Sinne des Schutzes aus Art. 14 GG erwirbt (548), das nur nach Maßgabe der Enteignungsvorschriften (549) wieder entzogen werden könnte. Weiterhin folgt daraus, daß auf die Erteilung der Erlaubnis kein Rechtsanspruch besteht (550).

- 1) Nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung (551) soll nach bisherigem Recht die Behörde die Erlaubnis dann zu erteilen haben, wenn dem kein besonderes öffentliches Interesse, wie der Gefahrenabwehr u.ä., entgegenstehe. Auch widerrufen dürfe sie nur aus besonderem Anlaß, nicht nach freiem Ermessen (552).

-
- (546) ebenso Art. 18 Abs. 2, Satz 1 BayStrWG; § 10 Abs. 4, Satz 3 u. 4 BerlStrG, § 2 Abs. 3 Bremische Straßenordnung; § 18 Abs. 2, Satz 1 hess.StrG; § 19 Abs. 2, Satz 1 LStrG NRW.
- (547) vgl. § 8 Abs. 8 FStrG; Art. 18 Abs. 6 BayStrWG; § 18 Abs. 6 hess.StrG.; § 19 Abs. 6 LStrG NRW.
- (548) im Sinne der Auslegung, wie sie das BVerfG getroffen hat; vgl. oben S. 144 und Anm. 466.
- (549) Vgl. auch § 8 Abs. 9 FStrG, der auf die Enteignungsvorschriften des § 19 FStrG verweist.
- (550) so ausdrücklich § 2 Abs. 2, Satz 1 Bremische Straßenordn.
- (551) Fleiner S. 379, 2.; ihm folgt v. Turegg a.a.O.
- (552) vgl. RGZ 150, 216, 223 f. zu § 8 des thür. Wegegesetzes, ferner S.OVG, JB 40, 336, 338 m. weit. Nachw. aus seiner Rspr. und Fleiner a.a.O.; v. Turegg a.a.O.; Kretschmar - v. Eisenhart/Rothe S. 28, 6.; Rauschenbach Münzautomat 51, Heft 9, S. 6 r.H.; a.M. Forsthoff ("pflichtgemäßes, nicht freies Ermessen"), der sich auf OVG Lüneburg MDR 56, 508 und OVG Hamburg DVBl. 57, 548 beruft, die aber wie Ganschezian-Fink a.a.O., S. 286, c), Jellinek S. 511, u. Nebinger S. 104 u. 109, Nedden NJW 56, 81, 84 l.H. ("kein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis") ausdrücklich von "freiem Ermessen" sprechen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Beim Zusammentreffen der Erlaubnis mit der privatrechtlichen Zustimmung lassen sich drei Fallgruppen bilden:

Im ersten sind Wegeherr und Eigentümer von Grund und Boden personengleich (553). Ihm obliegt also sowohl die Aufgabe, über die Erteilung der öffentlich-rechtlichen Erlaubnis zu befinden, wie auch die Abgabe der privatrechtlichen Zustimmungserklärung (554).

- 2) Es fragt sich deshalb, unter welchen Voraussetzungen die Erlaubnis zu erteilen und die Zustimmung zu geben ist und wann beide versagt werden dürfen (555).

Sicherlich darf die Behörde nicht auf der einen Seite die Erlaubnis erteilen, andererseits aber die Zustimmung verweigern und umgekehrt. Dadurch würde sie sich zu ihrem eigenen Verhalten im anderen Rechtsbereich in Widerspruch setzen, was gegen den auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben (556) verstoßen würde.

Aber sie handelt nun einmal einerseits öffentlich-rechtlich bei der Erteilung der Erlaubnis und privatrechtlich bei Abgabe der Zustimmungserklärung. Dementsprechend kann sie, jedenfalls nach der überkommenen Lehre vom fiskalischen Handeln (557), im privatrechtlichen Bereich frei von Bindungen entscheiden, was ihr im öffentlichen Recht verwehrt ist.

(553) vgl. oben S.82 in Anm.177 u. 180

(554) RGZ 150,216,226; LG Heilbronn DöV 58,230 r.H./231 l.H. unter Berufung auf BGH i. NJW 54,104 = BGHZ 19,85.

(555) zu dieser Frage Schulke, BayVB1.61,206.

(556) vgl. Soergel-Siebert, Anm.5 zu § 242 BGB, Rz.49 S.821 m.weit.Nachw.

(557) so noch Jellinek, Lehrbuch des Verw.R., S.25.

Es gibt aber keinen Rechtssatz des Inhalts, die Erlaubnis sei immer dann zu erteilen, wenn dem irgendwelche Hinderungsgründe nicht entgegenstünden. Eine derartige Bindung der Behörde ist im Gesetz jeweils ausdrücklich vorgesehen (558). In den übrigen Fällen handelt die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen (559). Schon nach bisherigem Recht gab es also keinen Anspruch darauf, die Erlaubnis für eine über den Gemeingebruch hinausgehende Nutzung zu erhalten (560).

Besteht bereits eine bestimmte Verwaltungsübung, so darf der Antragsteller mit der Erteilung der Erlaubnis rechnen (561), wenn er alle Voraussetzungen erfüllt.

Andererseits gibt die Rechtsprechung der Behörde die Möglichkeit, mit der Übung zu brechen. Die Selbstbindung der Verwaltung hat auch gewisse Grenzen (562). Der Verwaltungsgerichtshof in Bremen führt dazu aus (563):

"Die Verpflichtung der Behörde zu gleicher Behandlung aller geht allerdings nicht so weit, daß sie bei der einmal geübten Pra-

(558) im thür. Wegegesetz; hierzu RGZ 150,216,222 u.224.

(559) Zum Begriff des pflichtgemäßen Ermessens, früher "freies" Ermessen genannt, vgl. Menger i. Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Band III,2, S.717,752 ff. u. VerwA 51,69; ferner WüBadVGH VerwRspr. 6,569,572; 7,470,474; VGH Karlsruhe VerwRspr. 8,661,662. - Die Ausübung des Verwaltungsermessens ist im Rahmen des § 114 VwGO gerichtlich nachprüfbar.

(560) Ganschezian-Fink a.a.O., S.286 I.H.,c); Groebe a.a.O., S.181,183; Jellinek a.a.O., S.511; Nebinger S.104 u. 109; Nedden a.a.O. S.81, 84 I.H.; Eiser-Riederer V S.15 berufen sich zu Unrecht auf ProVG 100,173 (vgl. Kurzausgabe X,1 S.456,458). Dort ist nur gesagt, ein Recht zur Inanspruchnahme über den Gemeingebruch hinaus bestehe nicht. Das ist etwas anderes als der Anspruch auf Erteilung einer Gebrauchserlaubnis.

(561) Forsthoff S.345

(562) vgl. Menger VerwA 51,71 f. u. Anm.22 ebda.

(563) DVBl.53,176,180 R.H.,e).

zis verbleiben müsse. Sie ist berechtigt, an die Stelle eines bisher ausgeübten Grundsatzes oder angewandten Maßstabes einen anderen Grundsatz oder Maßstab zu setzen..." (564).

Bei einem der Antragsteller wird sich das erstmalig auswirken. Er kann sich dann nicht mehr auf die bisherige Übung berufen (565).

Ein willkürliches Versagen der Erlaubnis verstößt aber immer gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (566).

- 3) Bestritten ist dagegen, ob die Behörde bei der Abgabe der privatrechtlichen Zustimmungserklärung nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Erteilung der Erlaubnis handeln muß (567).

Die richtige Lösung der Frage muß beachten, daß Privateigentümer hier die öffentliche Hand ist, die auch dann, wenn sie sich privatrechtlich betätigt, an die verfassungsmäßige Ordnung, die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Rechtsstaatlichkeit, wozu die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns gehören (568), und schließlich an den schon erwähnten Gleichheitssatz gebunden

(564) ebenso WüBadVGH i. VerwRspr. 9,471,472.

(565) VGH Bremen a.a.O. u. WüBadVGH a.a.O.

(566) Kretzschmar BB 50,665 r.H., der aber von Art.2 Abs.1 GG spricht; Rauschenbach Münzautomat a.a.O.; vgl. auch Hauelsen DVBl.60,913,914 r.H. in Anm.12 u. Werner DVBl.59,527,531 l.H.

(567) so Rauschenbach a.a.O. und wohl auch v.Turegg a.a.O. A.M. Ganschezian-Fink a.a.O.

(568) BVerfGE 8,276,325; 9,137,147; im letztgenannten Fall entschieden zur Frage Subventionierung Privater. Der Grundsatz gilt also, wie die Entscheidung zeigt, nicht nur für die Eingriffs-, sondern auch für die Leistungsverwaltung.

ist, wodurch der Behörde jede willkürliche Entscheidung verwehrt wird.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß, soweit die öffentliche Hand Eigentümerin der Straße ist, die von v.Turegg ausgesprochene Befürchtung (569), der Eigentümer könne, wenn man ihm ein Mitwirkungsrecht zugestehe, seine Zustimmung nach Belieben geben oder verweigern, nicht zutrifft.

- 4) Im zweiten Falle gehört die Straße nicht der öffentlichen Hand; sie hat aber die Befugnisse des Eigentümers gem. § 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 26. 3. 1934 auszuüben.

Die Ausübung dieser Befugnisse gehört nicht, wie man annehmen sollte, dem Privatrecht an, sondern sie ist öffentlich-rechtlicher Natur (570). Das ergibt sich aus dem Charakter der übertragenen Aufgaben (571). Die Befugnis ähnelt damit der Aufgabe nach § 15 a.F. PersBefG (572), früher nach § 6 des Pr. Kleinbahnen-gesetzes vom 18. 7. 1892 (573), den sogenannten "Zustimmungsverträgen" (574) und der Zustimmung der Wasserstraßenverwaltung zur Kreuzung einer Bundeswasserstraße durch fremde Rohrleitungen, die eben-

(569) a.a.O., S.591 r.H., III.

(570) Sievers, a.a.O., S.217 l.H., I. und BGH a.a.O., S.765

(571) so für die Rückübertragung der sonstigen Nutzungen auf den Eigentümer gem. § 22 DVO zum Ges. v. 26.3.34, vgl. BGH a.a.O.; für die Zustimmung der Wasserstraßenverwaltung gem. § 3 d.Vorschr. über die Kreuzung von (Reichs)wasserstraßen durch fremde Rohrleitungen v. 14.12.33 (RVerkBl. S.149) vgl. LG Heilbronn a.a.O., S.230 r.H. mit abl. Anm. Fonk.

(572) v. 6.12.1937 (RGBl. I, S.1310), geändert durch Gesetz v. 16.1.1952 (BGBl.I, S.21) u. v. 19.9.53 (BGBl.I, S.573).

(573) vgl. oben S.150 und Anm.495.

(574) vgl. hierzu im einzelnen Sommer DVBl.51,227 l.H., ihm folgen Eiser-Riederer V, S.15. Zu § 6 d.Pr.Ges. vgl. RGZ 68,370,376; 88,14,16; 92,310,311; 97,18,20; 108,204.

falls öffentlich-rechtlicher Natur sind (575). Da die Wegebehörde somit überhaupt nicht privatrechtlich tätig wird, darf sie schon deshalb ihre Mitwirkung nicht nach Belieben verweigern, sondern sie muß sach- und pflichtgemäße Erwägungen anstellen. Im Ergebnis liegt es hier also ähnlich wie im Falle 1) (576).

Nur wenn Wegeherrschaft und Eigentum auseinanderfallen, die Gebrauchserlaubnis und die privatrechtliche Zustimmung also von zwei verschiedenen Personen zu erteilen ist, was aber praktisch selten vorkommt, kann der von v. Turegg angedeutete Fall eintreten.

- 5) Als Ergebnis läßt sich daher festhalten, daß schon nach bisherigem Recht die Erlaubnis pflichtgemäß, nicht gebunden, zu erteilen war, wobei zwar eine gleichmäßige Verwaltungsübung die Behörde zu binden vermochte, ihr aber doch die Möglichkeit ließ, unter veränderten Verhältnissen eine andere Richtung einzuschlagen.

Wie Groebe (577) mit Recht bemerkt, ist der Verkehr auf öffentlichen Straßen und damit ihre Inanspruchnahme ständig Wandlungen unterworfen. Da sich die Entwicklung nicht voraussehen läßt, der Wegeherr aber, wie schon ausgeführt worden ist (578), den Gemeingebrauch zu gewährleisten hat, muß er in der Lage sein, Inhalt und Ausmaß der zugelassenen Sondernutzungen je nach den Verkehrsbedürfnissen gestalten zu können. Würde er durch ein "Recht" des Begünstigten gebunden, so wäre die weitere Entwicklung des Straßenverkehrs

(575) wie hier LG Heilbronn a.a.O.; a.M. Fonk, a.a.O., S.231 l.H. unter Berufung auf d.Wortl. d. § 3 Ziff.4, Satz 1 der Rohrkreuzungsvorschriften.

(576) vgl. oben S. 162 ff., 2).

(577) BayVBl. 59,181,182 r.H.

(578) vgl. oben S. 90 f., 5).

grundsätzlich in Frage gestellt. Deshalb haben die neuen Straßen- und Wegegesetze die Sondernutzung widerruflich ausgestaltet. Diese Widerruflichkeit aus Gründen der Verkehrsentwicklung muß auch für die übrigen Länder gelten; die nach bisherigem Recht verfahren, denn der Grundsatz der Offenhaltung der Strasse gilt überall. Der rechte Ermessensgebrauch ist jedenfalls vom Bundesverfassungsgericht als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips anerkannt worden (579). Der Möglichkeit des Widerrufs stehen dann keine Bedenken entgegen, wenn die Behörde fehlerfrei handelt, insbesondere nicht Gründe der Verkehrsentwicklung nur vorschreibt, um andere Zwecke zu erreichen (580). Der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Grundsatz des Vertrauensschutzes (581) bezieht sich nur auf die Rücknahme (582) fehlerhafter Verwaltungsakte (583), die in unserem Zusammenhang nicht interessieren. Aber auch für den Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, hier also einer Gebrauchserlaubnis, hat die Rechtsprechung den Grundsatz des Vertrauens angewandt. Sind die Behörde und der Erlaubnisnehmer bei der Erteilung der Erlaubnis übereinstimmend davon ausgegangen, das Verwaltungsverhältnis werde von einer gewissen Dauer und Beständigkeit sein, so stünde ein alsbaldiger Widerruf damit in Widerspruch (584). Der Ansicht

-
- (579) vgl. BVerfGE 9,137,147 und 8,276,325; ferner BVerwG in DVBl. 61,125,126 I.H., 2.a).
- (580) "détournement de pouvoir" - vgl. zur Praxis des franz. Conseil d'Etat die Ausführungen von Martin auf dem Konstanzer Juristentag 1947, S.48 f.
- (581) vgl. BVerwGE 8,261,269 und Haueisen DVBl. 59,228,231.
- (582) Zur Sprachregelung vgl. Haueisen a.a.O.
- (583) Zur Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte vgl. Haueisen NJW 55,1457 I.H.
- (584) WüBadVGh in VerwRspr. 4,362,373, ihm folgt Groebe a.a.O., S.183 I.H. (jedoch mit Druckfehler seiner Bezugsstelle in Anm.18).

(584), die Erlaubnis zur Sondernutzung sei eine Ausnahmegewilligung, kann jedoch nicht gefolgt werden. Es handelt sich nicht um die Ausnahme von einem allgemeinen Verbot, sondern um die Erlaubnis zu einem gesetzlich vorgesehenen, wenn auch nicht generell eröffneten Tun, der Sondernutzung. Auch der Umstand, ob der Erlaubnisempfänger von ihr Gebrauch gemacht und sie mit finanziellen Aufwendungen "ins Werk gesetzt" hat, bleibt auf den alsbaldigen Widerruf nicht ohne Einfluß. Nach einer gewissen Zeit, unter der Herrschaft der neuen Straßengesetze ohnehin, kann aber dieser Gesichtspunkt nicht mehr durchgreifen. Das private Interesse an der Aufrechterhaltung der Rechtsposition wird hinter dem öffentlichen an der ungehinderten Gestaltungsmöglichkeit für die Verkehrsentwicklung zurücktreten.

Der wahre Grund für die Widerruflichkeit der Sondernutzungen sowie nach bisherigem Recht der Gebraucherlaubnis steckt in dem zeitbedingten Wandel der tatsächlichen Verhältnisse, die aus dem ursprünglichen Recht eine schwere Belastung des Verkehrsgeschehens machen können (585).

- IV. Nach § 8 Abs. 3 Satz 1 FStrG und Art. 18 Abs. 2 Satz 3 BayStrWG können für die Erteilung der Erlaubnis für Sondernutzungen Gebühren erhoben werden (586). Eine entsprechende Vorschrift fehlt in § 10 BerlStrG, § 2 der Bremischen Straßenordnung, § 2 Abs. 5 Saarl. StrG, § 18 Hess.StrG und § 19 LStrG NRW. Wenn aber,

(585) vgl. oben S. 104 f., 2)

(586) Die Gebühr für das Parken (Parkuhr) gehört nicht hierher. Denn einmal ist das Parken auf Straßen bundesrechtlich abschließend in § 16 StVO geregelt - vgl. oben S. 63 f. u. die Nachw. in Anm. 106 u. 107 -, darf also nicht landesrechtlich abweichend geordnet werden. Ferner fällt das Parken - wegerechtlich gesehen - noch unter den Verkehr i.e.S. und damit unter den Gemeingebrauch, vgl. Kodal NJW 62,480 u. Roth NJW 62,2192.

wie oben ausgeführt worden ist, die Zustimmung des Eigentümers nicht entbehrt werden kann, um eine über die Zweckbestimmung der Straße hinausgehende Sondernutzung auch privatrechtlich gültig zu machen, weil die Zustimmung zur Widmung nur den Gemeingebrauch deckt, so müßte er folgerichtig für diese Inanspruchnahme über den Gemeingebrauch hinaus ein Entgelt verlangen dürfen (587). Das Entgelt ist privatrechtlicher Natur, da ein Privatmann keine Gebühren erheben kann und nach Ansicht der Rechtsprechung die Sondernutzungen nicht vom öffentlichen, sondern vom Privatrecht, dem Eigentum an der Straße, herzu-leiten sind (588). Der hieran von Eiser-Riederer, Forsthoff und Nedden geübten Kritik (589) ist jedenfalls soviel zuzugeben, daß sich ein privatrechtliches Entgelt mit der öffentlich-rechtlichen Natur der Sondernutzung wenig vereinbaren läßt. Aber der Gesetzgeber hat nun einmal eine weitere Einschränkung des Eigentums über die Duldung des Gemeingebrauchs hinaus auf Grund der Zustimmung zur Widmung nicht vorge-sehen. Auch dort, wo er ausdrücklich von einer öffentlich-rechtlichen Gebühr für die Sondernutzung spricht, wie im Bundesfernstraßengesetz und in Bayern, sieht er auf der anderen Seite den Übergang oder die Über-nahme des Privateigentums auf den Träger der Straßen-baulast vor, der auch die Erlaubnis zu erteilen hat

-
- (587) so ausdrücklich RGJW 1930, 1961; RGZ 132, 398, 401; 150, 216, 218 und BGHZ 19, 85, 92 m. krit. Anm. Nedden NJW 56, 470, 471 I.H.; BGHZ 21, 319, 330 (für Einrichtungen, die den Gemeingebrauch verbessern, hier bewachte Parkplätze); a.M. Nedden DVBl. 61, 249, 250 I.H. = Anm. zum Ur. des BGH v. 19.10.1960, DVBl. 61, 46; ferner Nau, S. 14 in Anm. 52.
- (588) vgl. oben S. 152 und Anm. 503.
- (589) vgl. Anm. 577 u. 578; Staudinger-Seufert Anm. 10 f. zu § 905 BGB, S. 410 haben sich der Ansicht v. Forsthoff angeschlossen.

und dem die Gebühr zustehen soll (590). In Bayern ist eine Ausübung der Befugnisse des Eigentümers durch den Träger der Baulast für Sondernutzungen ausdrücklich verboten (591). Das Gesetz geht also davon aus, die unbedingte Duldungspflicht des Eigentümers auf den Gemeingebrauch zu beschränken, weiter aus Gründen der Gewährleistung des Gemeingebrauchs seine Mitwirkung bei der Erteilung der Erlaubnis für Sondernutzungen auszuschließen, im übrigen aber das Eigentum nicht anzutasten.

Es fragt sich also, ob der Außenwerbungstreibende neben einer Gebühr, soweit sie vorgesehen ist, außerdem noch ein privatrechtliches Entgelt an den Eigentümer zu zahlen hat. Das wird in der Praxis kaum vorkommen, da das Eigentum an den Straßen meist in der Hand des Trägers der Straßenbaulast steht (592), der entweder eine Gebühr erheben oder ein privatrechtliches Entgelt, den Gegenwert für die Sondernutzung also nur einmal verlangen kann. Von diesem Regelfall gehen § 8 Abs. 3 FStrG und Art. 18 Abs. 2 Satz 3 BayStrWG aus. Sie verbieten also eine privatrechtliche Gestaltung des Entgelts. Ist aber ausnahmsweise der Wegeherr nicht Eigentümer des Straßenlandes, dann kann nur der Eigentümer, nicht der Wegeherr ein Entgelt verlangen, da er es ist, der die Sondernutzung duldet. Dem Wegeherr ist heute, soweit das Gesetz vom 26. 3. 1934 aufgehoben worden ist, ganz allgemein die Ausübung der Befugnisse des Eigentümers verboten, soweit die Sondernutzung in Frage steht. Er kann also nicht an dessen Stelle handeln. Aus dem Eigentumsrecht steht ihm daher keine Befugnis zu. Er kann allenfalls für die Erteilung der Erlaubnis eine Verwaltungsgebühr verlangen.

(590) vgl. §§ 6 und 19 FStrG, Art. 11 und 13 Abs. 1 BayStrWG.
(591) Art. 13 Abs. 1 BayStrWG; vgl. oben S. 157 u. Anm. 528.
(592) Dahin geht auch die Absicht der Überleitungsbestimmungen - vgl. Anm. 590.

Die aufgeworfene Frage läßt sich also dahin beantworten, daß zwar auch nach heutigem Recht - mangels einer ausdrücklichen Bestimmung wie im Bundesfernstraßengesetz und in Bayern - ein privatrechtliches Entgelt für die Sondernutzung erhoben werden kann. Dagegen ist ein Nebeneinander von öffentlich-rechtlicher Gebühr und privatrechtlichem Entgelt für die Sondernutzung nicht denkbar. Der Erlaubnisnehmer braucht es also nur einmal zu entrichten.

V. Die Institution der Nutzungsverleihung (Konzession) ist aus dem Wegerecht verschwunden (593). Die früher hierher zu rechnenden Gebrauchsarten sind teils als den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigende und daher außerhalb der öffentlichen Zweckbestimmung liegend erkannt worden, woraus sich zwingend die Notwendigkeit ergab, die nähere Ausgestaltung der Nutzung dem bürgerlichen Recht zu überlassen. Dort ist dann zu entscheiden, ob der Eigentümer die Inanspruchnahme wegen ihrer Geringfügigkeit unentgeltlich hinnehmen muß (§ 905 Satz 2 BGB) oder ob ein berechtigtes Interesse vorliegt, diese Nutzung zu verbieten (594). Wegen ihrer geringfügigen Größe dürften viele Anlagen der Außenwerbung, daneben auch die Warenautomaten an Hauswänden, soweit sie den Verkehr nicht stören, nach § 905 Satz 2 BGB vom Eigentümer unentgeltlich zu dulden sein. Dasselbe gilt für Werbeanlagen, die im Luftraum, in großer Entfernung von der Straßenoberfläche, also außerhalb des Verkehrsraumes angebracht sind. Deshalb bestehen gegen Gebührensatzungen derjenigen Gemeinden, die jedwede Anlage dieser Art erfassen, unter dem Gesichtspunkt des § 905 Satz 2 BGB Bedenken. Sie können jedenfalls nicht auf Art. 22

(593) vgl. oben S.153 u. Anm.505, S.158 u. Anm.533.

(594) vgl. hierzu Ganschezian-Fink a.a.O., S.286 l.H.

BayStrWG gestützt werden (595), da dieser nur auf das bürgerliche Recht verweist, die Regel des § 905 Satz 2 BGB also voraussetzt. Entweder müssen diese Satzungen eine Prüfung im Einzelfall zulassen, ob Geringfügigkeit im Sinne von § 905 Satz 2 BGB gegeben ist, oder sie bestimmen selbst, welche Beeinträchtigungen des der Stadt gehörenden Straßengeländes als geringfügig anzusehen sind. Ohne einen derartigen Vorbehalt dürften diese Satzungen wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip (596) nichtig sein, weil sie eine Überprüfung des Einzelfalles nicht zulassen (597). Verstößt eine Satzung gegen § 905 Satz 2 BGB, so kann dieser Gesichtspunkt bei der Anfechtung eines auf die Satzung gestützten Gebührenbescheides geltend gemacht werden.

Dagegen lassen sich nur wenige Nutzungen denken, die früher Nutzungsverleihungen waren, aber nach heutiger Anschauung nur noch widerruflich als Sondernutzung zugelassen würden. Gerade die kapitalintensiven Versorgungsleitungen aller Art fallen nicht darunter, sondern regeln sich nach bürgerlichem Recht. Deshalb läßt sich für das Wegerecht der Satz aufstellen, die Institution des subjektiv öffentlichen Rechts sei entbehrlich geworden (598). Soweit noch

(595) vgl. hierzu Callsen a.a.O., S.77 r.H.II., der ein Schreiben des Bayer. Staatsministerium f. Wirtschaft u. Verkehr v. 13.7.59, gerichtet an den Verein der deutschen Automatenfachleute, erwähnt, worin die Satzung der Stadt Neumarkt/Oberpfalz - vgl. oben S.126 und Anm. 400 a.E. - als aus Art.22 BayStrWG gerechtfertigt angesehen wird.

(596) Art.1 Abs.3 u. 20 Abs.3 GG; vgl. auch Art. 3 BayVerf.
(597) vgl. hierzu BVerwGE 2,172,174 u. BayVerfGH in GVB1. 1953,17,20.

(598) Es ist hier nicht die Rede von den bisherigen Nutzungsverleihungen, denen das Gesetz ausdrücklich eine Wahrung des Besitzstandes zugebilligt hat - vgl. § 8 Abs. 9 i.V.m. § 19 FStrG.

eine öffentlich-rechtliche Nutzung in Betracht kommt, wird die Erlaubnis nur widerruflich erteilt, sodaß der Erlaubnisnehmer nicht mit ihrem Bestand rechnen kann. Im Bereich des Privatrechts sind die Nutzungen gegenüber Eingriffen der öffentlichen Hand aus Art. 14 GG geschützt. Ein Versorgungsunternehmen steht also hinsichtlich seines erheblichen finanziellen Wagnisses nicht schutzlos da. Allein diese Frage braucht im Zusammenhang mit dem Thema der Arbeit nicht weiter vertieft zu werden.

H. Als Ergebnis der gesamten Untersuchung ist daher festzuhalten:

Die Außenwerbung als Teil der Wirtschaftswerbung überhaupt bemüht sich, Käufer oder Abnehmer von Waren und Leistungen aller Art zu gewinnen. Sie steht deshalb im Zusammenhang mit einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, zu dessen Vorteil sie eingesetzt wird, und genießt als dessen "einzelne Beziehung" den Schutz des Art. 14 GG. Sie steht damit zugleich auch unter dem Gesetzesvorbehalt, sodaß dieses vermögenswerte Privatrecht nach seinem Inhalt und Umfang durch Bundes- oder Landesgesetz näher bestimmt, u.a. auch eingeschränkt werden kann.

Das gilt insbesondere für den bisher als Gemeingebrauch zugelassenen Umfang der Straßennutzung durch Anlagen der Außenwerbung. Nach den inzwischen erlassenen neuen Straßen- und Wegegesetzen wird der Gemeingebrauch im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vorschriften auf den Verkehr im Sinne der Ortsveränderung, auf das Verweilen und Sichfortbewegen auf den Straßen, beschränkt. Aber schon nach bisherigem Recht konnte der Eigentümer eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes - wie jeder andere Straßenanlieger - nicht erwarten, daß die

Straße nicht eingezogen, gesperrt, umgestuft oder sonst geändert würde. Darauf hatte und hat er keinen Anspruch. Er kann nur verlangen, vom Gemeingebrauch nicht ausgeschlossen zu werden, solange dieser allen übrigen Straßenbenutzern offensteht, oder doch wenigstens, daß der Gemeingebrauch nicht unter Umgehung der Widmung eingeschränkt oder völlig unterbunden werde.

Das neue Straßen- und Wegerecht kennt als öffentlich-rechtliche Nutzung neben dem Gemeingebrauch die ihn zugleich beeinträchtigende und darüber hinausgehende Sondernutzung; eine Inanspruchnahme der Straße, die den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt, unterliegt dagegen dem bürgerlichen Recht. Dort ist insbesondere § 905 Satz 2 BGB zu erwähnen, wonach der Eigentümer eine Beeinträchtigung dann nicht untersagen darf oder sich für die Duldung des Gebrauchs ein Entgelt nicht gewähren lassen kann, wenn sein Eigentum nur geringfügig beeinträchtigt wird.

Eine Anlage der Außenwerbung unterliegt demnach dem öffentlichen Recht - als Sondernutzung - nur, wenn sie den Gemeingebrauch beeinträchtigt. Findet sie in einem Bereich statt, z.B. so hoch im Luftraum über der Straße, daß hierdurch unmöglich der Verkehr gestört werden kann, so liegt sie außerhalb der öffentlichen Zweckbestimmung und damit außerhalb der durch die Widmung begründeten Duldungspflicht des Eigentümers. Für eine öffentlich-rechtliche Behandlung der Inanspruchnahme unter dem Gesichtspunkt der Offenhaltung der Straße besteht dann nach geltendem Recht kein Bedürfnis mehr. Damit tritt wieder das infolge der Widmung zurückgedrängte Privatrecht des Eigentümers in volle Wirksamkeit, jedoch nur nach Maßgabe des § 905 Satz 2 BGB. Nimmt eine Anlage der

Außenwerbung den Luftraum nur geringfügig in Anspruch, so kann der Eigentümer in der Regel diesen Gebrauch weder untersagen noch für die Gestattung ein Entgelt verlangen.

Beruht das Entgelt auf einer gemeindlichen Satzung, so handelt es sich zwar um eine öffentlich-rechtliche Gebühr. Da die Gemeinde sie jedoch als Gegenwert für die Benutzung ihres Eigentums erhebt, darf die Satzung nicht gegen § 905 Satz 2 BGB verstoßen. Eine Umgehung dieser Vorschrift würde zur Nichtigkeit der Satzung führen (599). Soweit das Gesetz neben der öffentlich-rechtlichen Gebühr auch die Erhebung eines privatrechtlichen Entgelts zuläßt, darf es nur einmal verlangt werden. Der Außenwerbungstreibende hat also entweder eine Gebühr oder ein privatrechtliches Entgelt zu zahlen (600).

Muß dagegen eine Anlage der Außenwerbung wegen der von ihr ausgehenden Beeinträchtigung des Gemeingebruchs als Sondernutzung angesehen werden, so bedarf es neben der privatrechtlichen Zustimmung des Eigentümers, der ja nur den Gemeingebrauch zu dulden hat (601), einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis. Ihre Erteilung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Wegeherrn, ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis besteht aber nicht. Doch kann infolge gleichmäßiger Handhabung eine Selbstbindung der Verwaltung eintreten, sodaß der Gewerbetreibende mit der Erteilung der Erlaubnis rechnen kann, wenn in seinem Fall keine besonderen Umstände hervortreten, die eine abwei-

(599) vgl. oben S.125, Anm.391,396 u.399.

(600) vgl. oben S.168 ff., IV.

(601) a.M. anscheinend Nedden DVBl.61,249,250 l.H. unter Berufung auf seine Besprechung des BGH-Urteils v. 18.11.55 = BGHZ 19,85 in NJW 56,470 r.H./471 l.H.

chende Entscheidung rechtfertigen. Das folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG, der eine unterschiedliche Behandlung gleichgelagerter Tatbestände verbietet (602). Daneben verbleibt der Behörde aber die Möglichkeit, auf Grund veränderter Verhältnisse ihre bisherige Anschauung aufzugeben und die bisherige Praxis auf die neuen Verkehrsnotwendigkeiten einzustellen, damit der ungestörte Gemeingebrauch gewährleistet bleibt (603). Insoweit gibt es kein unverändertes "Recht" auf Inanspruchnahme der Straße (604). Die Nutzungen unterliegen vielmehr einem zeitbedingten Anschauungswandel, der sich aus den Bedürfnissen des Verkehrs ergibt (605). Daher kennen die neuen Gesetze entsprechend dem bisherigen Erlaubnisgebrauch nur eine widerrufliche Erlaubnis zur Sondernutzung, kein Nutzungsrecht von Dauer. Der Widerruf steht aber im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Er kann daher im Rahmen der allgemeinen Überprüfbarkeit behördlichen Ermessens durch die Verwaltungsgerichte kontrolliert werden (606). Ein Ermessensfehler wird dann anzunehmen sein, wenn eine Erlaubnis erkennbar für längere Zeit erteilt war, der Empfänger sich deshalb auch finanziell darauf einrichten und Aufwendungen machen durfte, die Behörde aber widerruft, ohne daß dafür ein entsprechendes Verkehrserfordernis erkennbar wäre (607).

(602) vgl. oben S.163 f. u. Anm.566

(603) vgl. oben S. 150 vor 3).

(604) vgl. oben S.145, Anm.472

(605) vgl. oben S.96 vor 1)

(606) vgl. oben S.163, Anm.559 a.E.

(607) vgl. oben S.167, Anm.580.

L e b e n s l a u f

Am 20. September 1928 in Frankfurt (M) geboren,
studierte ich nach Besuch eines humanistischen
Gymnasiums in den Jahren 1950 bis 1953, 1954 bis
1956 und 1958/59 an den Universitäten in Frank-
furt (M), München und Mainz.

Das erste juristische Staatsexamen legte ich im
Jahre 1956 in München ab, das zweite bestand ich
im Jahre 1960 in Frankfurt (M). Seit Herbst 1961
bin ich als Rechtsanwalt in Frankfurt (M) zuge-
lassen.

Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 18. Februar
1963 ab.

Friedrich Schuwerack

